

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO



**LA INDUSTRIA ELECTRÓNICA ANTE EL CANON Y
LA COPIA PRIVADA DIGITAL : SOLIDARIDAD
ENTRE EMPRESAS INTERNAUTAS Y
CONSUMIDORES**

**MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR
PRESENTADA POR**

José Pérez García

Bajo la dirección del doctor

Emilio Suñé Llinás

MADRID, 2013

**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE
MADRID
FACULTAD DE DERECHO**



**LA INDUSTRIA ELECTRÓNICA ANTE EL CANON Y LA
COPIA PRIVADA DIGITAL: SOLIDARIDAD ENTRE EMPRESAS
INTERNAUTAS Y CONSUMIDORES**

TESIS DOCTORAL PRESENTADA POR

JOSÉ PÉREZ GARCÍA

DIRECTOR: DR. D. EMILIO SUÑÉ LLINÁS

MADRID, 2013

ÍNDICE

CAPÍTULO 1.- JUSTIFICACIÓN. OBJETO Y AMBITO:	9
CAPITULO 2.- EL CANCIÓN EN ESPAÑA: DE LA LEY DE PROPIEDAD INTELLECTUAL DE 1987 AL TEXTO REFUNDIDO DE 1996	17
2.1 EVOLUCIÓN NORMATIVA: ORIGEN E HITOS LEGISLATIVOS..	19
2.2 LEY 22/1987, DE 11 DE NOVIEMBRE, DE PROPIEDAD INTELLECTUAL Y REAL DECRETO 287 /1989 DE 21 DE MARZO.....	23
2.2.1. Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de propiedad intelectual.	23
2.2.2 Real Decreto 287/ de 1989, de 21 de marzo, por el que se regula el procedimiento para determinar los equipos y materiales sujetos, el importe, el sistema de recaudación y la distribución de la remuneración compensatoria a que se refieren los arts 25 y 31 de la ley 22/1987 de 11 de noviembre de propiedad intelectual..	29
2.3 LEY 20 /1992, DE 7 DE JULIO, DE MODIFICACIÓN DE LA LEY 22/1987 DE PROPIEDAD INTELLECTUAL Y REAL DECRETO 1434/1992 DE 27 DE NOVIEMBRE DE DESARROLLO DE LOS ARTÍCULOS 24,25 Y 140 DE LA LEY 22/1987.	45
2.3.1 Novedades normativas respecto el régimen anterior:.....	47
2.3.2 Breve referencia a las consecuencias de la aplicación de la normativa.	78
2.4 LEY 43/1994, DE 30 DE DICIEMBRE, DE INCORPORACIÓN AL DERECHO ESPAÑOL DE LA DIRECTIVA 92/100/CEE, DE 19 DE NOVIEMBRE DE 1992, SOBRE DERECHOS DE ALQUILER Y PRÉSTAMO Y OTROS DERECHOS A FINES A LOS DERECHOS DE AUTOR EN EL ÁMBITO DE LA PROPIEDAD INTELLECTUAL.	88
2.4.1. Principales novedades de la ley.....	90

2.4.2. Breve referencia a las consecuencias de la aplicación de la ley:	134
2.5 REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/1996 DE 12 DE ABRIL, POR EL QUE SE APRUEBA EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL, REGULARIZANDO, ACERANDO Y ARMONIZANDO LAS DISPOSICIONES LEGALES VIGENTES SOBRE LA MATERIA	136
CAPÍTULO 3.- NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO DE COPIA PRIVADA	139
3.1 INTRODUCCIÓN.....	141
3.2 COPIA PRIVADA: LÍMITE O EXCEPCIÓN	143
3.3 LÍMITE VERSUS DERECHO DEL USUARIO	147
3.4 LÍMITE COPIA PRIVADA EN EL ENTORNO DIGITAL.....	151
3.5 DEFINICIÓN LEGAL DE COPIA PRIVADA	154
CAPÍTULO 4.- NATURALEZA JURÍDICA DE LA REMUNERACIÓN COMPENSATORIA	171
4.1 ¿DE QUÉ PERJUICIO HABLAMOS?	173
4.2 REMUNERACIÓN COMPENSATORIA ¿INDEMNIZACIÓN?	178
4.3 REMUNERACIÓN COMPENSATORIA ¿PRECIO?	181
4.4. REMUNERACIÓN COMPENSATORIA ¿JUSTIPRECIO?	182
4.5 REMUNERACIÓN COMPENSATORIA. ¿TRIBUTO?	183
4.6 CONCLUSIÓN: REMUNERACIÓN COMPENSATORIA. NATURALEZA SINGULAR	185
4.7 REMUNERACIÓN COMPENSATORIA O COMPENSACIÓN EQUITATIVA	186
4.8 CONSTITUCIONALIDAD DE LA REMUNERACIÓN COMPENSATORIA.	189

4.8.1 Remuneración compensatoria y derecho de propiedad.....	189
4.8.2. La remuneración compensatoria y el derecho a la libre empresa.	198
CAPITULO 5.- LA INDUSTRIA ELECTRÓNICA PIERDE LA BATALLA JUDICIAL CON LAS ENTIDADES DE GESTIÓN.....	203
5.1.ENTORNO SOCIOLÓGICO, EMPRESARIAL Y NORMATIVO EN 1997.	205
5.2 NEGOCIACIONES FRUSTRADAS ENTRE LA INDUSTRIA Y LAS ENTIDADES DE GESTION.....	211
5.3 CONFLICTIVIDAD JUDICIAL: PRESENTACION DE DEMANDAS POR LAS ENTIDADES DE GESTION.	213
5.4 ANALISIS DE LAS SENTENCIAS.....	217
5.5 APERTURA DE UN NUEVO PROCESO NEGOCIADOR	230
CAPITULO 6.- LOS ACUERDOS DE ASIMELEC Y LAS ENTIDADES DE GESTIÓN: UNA PACIFICACIÓN CUESTIONADA	235
6.1 NUEVA NEGOCIACIÓN: ASPECTOS JURÍDICOS Y CONDICIONES DEL ENTORNO.	237
6.2 ACUERDOS ASIMELEC Y ENTIDADES DE GESTIÓN: CONTENIDOS Y ANÁLISIS JURÍDICO.....	240
6.2.1 Acuerdos del bloque de Reprografía entre CEDRO, VEGAP Y ASIMELEC.....	242
6.2.2 Acuerdos del bloque de Fonogramas y Videogramas entre SGAE, AIE, EGEDA, AISGE, DAMA y ASIMELEC.....	264
6.2.2.1 Acuerdo General ASIMELEC- ENTIDADES DE GESTIÓN:	266
6.2.2.2 Anexo al Acuerdo General ASIMELEC-ENTIDADES DE GESTIÓN.....	292

6.3	CONSECUENCIAS DEL ACUERDO: PACIFICACIÓN JUDICIAL, AUSENCIA DE PROCESOS, CUMPLIMIENTO DE LA LEY.	302
6.4	EL ACUERDO CUESTIONADO: ATAQUE INTERNauta.	323
6.5	DENUNCIA ANTE EL SERVICIO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA:	331
6.5.1	Análisis de la denuncia.....	332
6.5.2	Análisis de la Propuesta de Sobreseimiento del Servicio de Defensa de la Competencia.	335
6.5.3	Análisis de la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia R688/06 de 31-V-2007.....	351
6.6	DENUNCIA ANTE EL DEFENSOR DEL PUEBLO	354
CAPÍTULO 7.- LA LEY 23/2006 DE REFORMA DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL.....		363
7.1	PREÁMBULO	367
7.2	NOVEDADES DE LA LEY.....	372
7.2.1	Nueva redacción del artículo 25: remuneración compensatoria.	372
7.2.2	Otras novedades de la ley en relación con la copia privada	397
CAPÍTULO 8.- LA CONTROVERTIDA ORDEN CONJUNTA PRE/1743/2008 DE 18 DE JUNIO		401
8.1	NEGOCIACIÓN FALLIDA. NECESIDAD DE LA ORDEN MINISTERIAL	403
8.2	CONTENIDO DE LA ORDEN MINISTERIAL DE PRESIDENCIA 1743/2008 DE 18 DE JUNIO.....	437
8.2.1	Estructura y aspectos relevantes de la Orden Ministerial	438
8.2.2	Perjuicio anual y límites recaudatorios.....	439

8.2.3 Retroactividad de la OM:.....	442
8.2.4 El fraude	455
8.2.5 La cuestión del disco duro.....	458
8.2.6 Otros aspectos de la Orden Ministerial	462
8.2.7 Impugnabilidad de la Orden Ministerial.....	465
8.2.8 Análisis de las Sentencias de la Audiencia Nacional	474
CAPITULO 9.- LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS: MEDIDAS TECNOLÓGICAS Y LA NECESIDAD DE ENCONTRAR ALTERNATIVAS AL CANON DIGITAL.	
	483
9.1 CONCEPTO Y APLICACIONES DE LAS MEDIDAS TECNOLÓGICAS DE PROTECCIÓN Y DERECHO DE AUTOR.	485
9.2 CONCEPTO DOCTRINAL Y REGULACIÓN LEGAL DE LAS MEDIDAS TECNOLÓGICAS DE PROTECCIÓN.....	489
9.3 MEDIDAS TECNOLÓGICAS Y LÍMITES AL DERECHO DE AUTOR: MEDIDAS TECNOLÓGICAS Y COPIA PRIVADA.	496
9.4 NECESIDAD DE UN NUEVO MARCO JURÍDICO: SENTENCIA PADAWAN.	510
9.4.1 Necesidad de nuevo marco jurídico y alternativas al canon.	511
9.4.2 Sentencia Padawan.	520
9.4.3 Actual regulación en España.....	527
CAPITULO 10.- CONCLUSIONES	539
BIBLIOGRAFÍA	551
ABSTRACT: THE ELECTRONIC INDUSTRY VS. THE DIGITAL LEVY AND DIGITAL PRIVATE COPYING: SOLIDARITY AMONG COMPANIES, INTERNET USERS AND CONSUMERS.	559
SHORT BIBLIOGRAPHY	565

CAPÍTULO 1.- JUSTIFICACIÓN. OBJETO Y AMBITO:

Los nuevos medios derivados de la tecnología digital han planteado nuevos retos a la industria que ha explotado los contenidos audiovisuales, con arreglo a unos determinados modelos de negocio. Como todo cambio de modelo de explotación, este ha generado asimismo no pocas incertidumbres, lo que sin duda está produciendo y va a producir en el futuro un absoluto cambio de escenario en las instituciones jurídicas, que tradicionalmente han tutelado ese modelo de negocio, o han estado cercanas al mismo, entre las que se encuentra la institución objeto de este trabajo, la copia privada y su equitativa compensación, que se ve afectada de manera directa y de forma decisiva por el nuevo entorno tecnológico.

Este cambio tecnológico viene derivado, como decimos, de la aparición de nuevos equipos o soportes, con nuevas prestaciones que permiten al usuario un mayor disfrute de contenidos protegidos por el derecho de autor, entendiendo por ese mayor disfrute tanto el que deriva de criterios cualitativos, como una mayor fidelidad en las prestaciones, como el que deriva de criterios cuantitativos, entendido como una mayor capacidad de almacenamiento de contenidos.

Este cambio tecnológico ha supuesto un cambio sociológico en el que, incluso han sido en muchas ocasiones, agentes ajenos a la industria audiovisual al uso (proveedores de internet, portales de internet, etc.), los que han desarrollado soluciones y sistemas, que han tenido un evidente éxito, con las consecuencias propias para los agentes tradicionales en la cadena de valor, poniendo en crisis situaciones tradicionalmente aceptadas y obligando a la industria a readaptarse al nuevo escenario y "reinventarse a sí misma".

Si cualquier sector de la economía de un país ha estado obligado a reconvertirse por diversas causas: económicas, sociológicas, etc..., no cabe duda que la industria audiovisual está obligada a reconvertirse por la evolución tecnológica, y el

nuevo escenario que los avances técnicos e internet han propiciado.

Que las cosas están cambiando y que este cambio se está produciendo a una velocidad de vértigo, creo que es un axioma que no requiere especial justificación, y que sólo la contemplación empírica avala su realidad. La cuestión es, si todos estamos de acuerdo en aceptar las consecuencias de estos cambios tecnológicos, máxime si los mismos, afectan a intereses económicos concretos. Como dice Gay Fuentes: *“La tecnología digital, que conlleva la aparición de nuevos soportes, servicios y redes de difusión de contenidos, abre nuevas posibilidades de acceso por parte de los ciudadanos a las obras intelectuales, desvinculadas de la adquisición del soporte material al que se incorpora la obra, lo que plantea una amenaza potencial a los intereses económicos de la propiedad intelectual”*.¹

No cabe duda que instituciones como la copia privada, que quizás podría tener sentido cuando la tecnología había creado unos equipos y soportes específicamente destinados a copiar, es decir cuando la tecnología era analógica e internet no existía, tiene que verse plenamente afectada ante un cambio tecnológico, como el paso a una tecnología digital, y la presencia y capilarización que internet como red de comunicación ha supuesto.²

¹ Gay Fuentes C. (2006): “La propiedad intelectual en el entorno digital”. Documento de trabajo 82/2006. Laboratorio de Alternativas. Madrid. Fundación Alternativas. Pág.7.

² MARIN RAIGAL, G. (2008): “La excepción obligatoria relativa a las reproducciones provisionales en el art. 31.1 de la LPI”. En la obra colectiva coordinada por MORENO MARTINEZ, J.A.: “Límites a la propiedad intelectual y nuevas tecnologías”. Madrid. Dykinson. Pág. 342.” Precisamente, el fenómeno de la digitalización determina que, a diferencia de lo que ocurría con el derecho de autor tradicional ligado a la tecnología analógica, el desarrollo del derecho de autor en el entorno digital permita que las “copias” se realicen de forma rápida, con igual o mejor calidad que la obra “original”, pudiendo además transmitirse a un gran número de personas (usuarios de la Red de redes), quienes a su vez tienen a su alcance la posibilidad de manipular y transformar esas creaciones intelectuales. Por lo tanto si bien las

Pues bien no deja de ser llamativo, que todavía algunos colectivos sigan creyendo que esta obsoleta institución, sigue plenamente vigente como remedio de un supuesto daño, que sufren los titulares de derecho de autor, y cómo deliberadamente se ignoran las ventajas que la propia tecnología, ofrece para poder evitar o al menos paliar muy sustancialmente ese daño. Dicho en otros términos, y aunque parezca contradictorio, se prefiere, en algunos casos, no evitar un daño, que sería susceptible de evitarse, por medios técnicos, para no renunciar, de esta forma, al resarcimiento económico que el mismo supone.

Se trata de colectivos que, aferrados a la ventaja que supone la obtención de un rendimiento económico, renuncian a buscar los instrumentos que la tecnología y el derecho ponen a su disposición, por ser especialmente cómodo mantener un status quo recaudatorio, más que resolutorio de problemas. Sin embargo esta situación no puede durar mucho. Es significativo como el propio Consejo de Estado en su Dictamen 187/2005 de 10 de marzo de 2005 relativo al anteproyecto de ley que, posteriormente terminó en la última reforma de la ley de propiedad intelectual como ley 23/2006 de 7 de julio, expone al referirse al alcance de la ley: “*No obstante, este Consejo de Estado es consciente de que el impacto de la sociedad de la información en los derechos de propiedad intelectual es de tal envergadura que obligará, en un futuro inmediato, al replanteamiento de los presupuestos legales sobre los que, desde hace casi ya dos décadas, descansa la regulación de este sector del ordenamiento jurídico*”

El jurista no puede negarse a ver la realidad social, y eso pretende este trabajo ver la realidad social de la copia privada en este nuevo entorno, fuera de las perspectivas más o menos interesadas, que siempre han acompañado esta materia,

autopistas de la información benefician a los autores como nuevas herramientas para la creación, producción y explotación de sus obras, sin embargo también generan nuevos riesgos de infracción de los derechos de autor (tanto morales como patrimoniales) y por tanto nuevas incertidumbres que requieren de atención desde el punto de vista jurídico”

tanto por las entidades de gestión de derechos de autor, como por las empresas, o en terminología de la propia ley, los acreedores o deudores de la remuneración compensatoria, que como no podía ser de otra forma mantienen posiciones claramente encontradas al respecto.

En este sentido y como continuidad a lo anteriormente indicado, el Consejo de Estado en el Dictamen y apartado referenciado, continúa diciendo: *“Ciertamente es sin embargo, que las alegaciones presentadas durante su tramitación por las entidades y asociaciones interesadas evidencian una compleja problemática subyacente desde hace años que, agudizada por la decisiva influencia de las tecnologías de la información, pone en cuestión el vigente modelo de propiedad intelectual.”* En este mismo sentido se manifiesta LLANOS CABEDO.³

Por tanto nuestra pretensión, es analizar el fenómeno de la copia privada en el nuevo entorno de la sociedad digital, y ver su vigencia como medio para cumplir el fin para el que fue creado. Pero insistir, con la neutralidad necesaria para no mantener postulados, más inspirados por intereses particulares, que por una adecuada interpretación de los hechos y norma jurídica, aceptando la nueva realidad tecnológica y las ventajas que ello supone.

A este respecto, un análisis de las medidas tecnológicas de protección es imprescindible, por la trascendencia que tiene en esta materia. No olvidemos que el

³ CABEDO SERNA, LLANOS. (2008): “Los consumidores y las medidas tecnológicas de protección incorporadas a los soportes digitales”. En la obra colectiva coordinada por MORENO MARTINEZ, J.A.: “Límites a la propiedad intelectual y nuevas tecnologías”. Madrid. Dykinson. Pág.71: “en la actualidad, el tema de la propiedad intelectual ha dejado de ser una cuestión de especialistas y se ha iniciado un amplio debate en el que la opinión pública demanda que el carácter expansivo de la misma no se convierta en un obstáculo para las nuevas oportunidades de acceso y distribución de la cultura que la evolución tecnológica proporciona”.

propio legislador, las introduce en la última reforma de la ley y añadiendo al Libro III de la nueva Ley de Propiedad Intelectual un Capítulo V bajo la rúbrica “*Protección de las medidas tecnológicas y de la información para la gestión de derechos*”, que incluye los artículos 160 a 165.

Cualquier análisis mediático de la polémica, que en su día se produjo con ocasión de la reforma de la ley citada, nos daría como resultado entre otros, que las medidas tecnológicas de protección han quedado deliberadamente al margen de la discusión, a pesar de la importancia que el propio legislador les da como hemos visto anteriormente, y que no es más que consecuencia de la importancia, que le dio en su día el legislador europeo, cuando incluye su regulación en la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos autor en la sociedad de la información, en cuyo Considerando 13 se dice que: “*Es fundamental la búsqueda común y la aplicación europea de medidas tecnológicas tendentes a proteger las obras y prestaciones y a asegurar la información necesaria sobre los derechos dado que el objetivo último de estas medidas tecnológicas es hacer operativos los principios y garantías establecidos por las normas jurídicas*”...

Como decimos, estas medidas han sido olvidadas, no sólo en el debate mediático, y durante los diferentes procesos negociados, sino incluso en la aplicación técnica de las mismas. En efecto, ha sido un argumento reiterativo para ignorar la aplicación de estas medidas, la ineficacia de las mismas. Se han utilizado argumentos carentes de cualquier fundamento tecnológico, basado en la falta de garantía absoluta de la misma, en cuanto a su seguridad o inexpugnabilidad. Lo que no es cierto; pero el mensaje ha calado tanto que, a pesar de no ser cierto, se ha generado un convencimiento de que las medidas tecnológicas de protección no son eficaces, e incluso perjudiciales para el usuario.⁴ Y tanto es así que los propios

⁴ CABEDO SERNA, LLANOS. Op. cit. pag 67: “Ciertamente el uso de medidas tecnológicas de protección puede plantear diversos problemas al consumidor: le puede impedir

titulares han renunciado a su uso. Dicho, quizás en unos términos coloquiales, se han creído su propia mentira, en aras de mantener una institución más cómoda a sus intereses, a pesar de su injusticia. Por tanto un análisis del alcance jurídico de los artículos comentados y de estas medidas es francamente obligado.

Por tanto, llegaremos a consecuencias que pretenderán dar solución a los problemas planteados tradicionalmente, basados en las nuevas herramientas que la tecnología y el ciberderecho nos dan, en el nuevo escenario de una sociedad digital. Conscientes de que alguna de estas soluciones, a pesar de tratar de mantener el rigor que la hermenéutica jurídica nos obliga, y el sentido común nos recomienda, podrá no ser pacíficamente aceptada, al alejarse de postulados interesados, que respondan más al deseo de mantener estructuras rentables que a la realidad social actual. Todo ello sin olvidar que la base fundamental es el respeto al derecho de autor.⁵

o limitar la posibilidad de copiar la obra que el soporte incorpora y le puede impedir que dicho soporte sea visto u oído en cualquier aparato reproductor” a lo que se añade que el consumidor no sea informado suficientemente o sea informado de forma incorrecta acerca de la existencia de tales medidas tecnológicas y sus consecuencias”

⁵ SERRANO CAÑAS, J.M. (2008):” La transposición de la Directiva 2001/29/CE. Una visión comparada”. En la obra colectiva coordinada por GARCIA PEREZ,R. y LOPEZ SUAREZ. M.A.: “Nuevos retos para la propiedad intelectual”. Coruña. Universidad de la Coruña Servicio de Publicaciones. Pag. 51.: Con todo, carece de sentido la construcción de una sociedad de la información, esto es, una sociedad interconectada mundialmente por redes alámbricas e inalámbricas en la que, por definición, el acceso al conocimiento de las distintas obras y creaciones intelectuales supone el elemento esencial y definitivo de esta nueva era, si paralelamente no se promueve y de fine la necesaria creatividad y producción industrial (industria de contenidos) frente a los posibles ataques que a la misma se infringen por el empleo de las nuevas tecnologías. No sólo es que carece de sentido alguno, sino que el éxito final de la sociedad de la información va a depender en buena parte de una protección ponderada de los intereses de autores e industria por medio de la legislación sobre propiedad intelectual”.

A este análisis sin duda contribuirá y ayudará, el correspondiente estudio histórico de la evolución de la institución en nuestra legislación, pues esta evolución es fiel reflejo de los problemas, que la implantación y aplicación de la institución ha suscitado.

Por tanto pretendo hacer un recorrido por el conjunto de normas y reformas- ciertamente amplio- que ha experimentado nuestra legislación, que lamentablemente ha ido acumulando fracaso tras fracaso, obligando por tanto a sucesivas reformas, que como parches trataban de arreglar una realidad a la que nunca se quisieron enfrentar los poderes públicos.

Son muchos los análisis que se han hecho, de las sucesivas leyes y reformas, y muchos lo que se ha escrito al respecto, en las sucesivas fases históricas de la institución que nos ocupa. Y en este sentido el elemento diferencial de mi aportación radica en el hecho de haber sido un protagonista destacado de esta historia, al haber representado durante más de 25 años los intereses de unos de los agentes de la institución, como son los deudores de la remuneración compensatoria. El haber participado desde la primera negociación hasta la última, así como en todos los procesos legislativos de elaboración de norma, sin duda me ha aportado una situación privilegiada, pudiendo afirmar en este sentido, que este trabajo contendrá aportaciones, experiencias y hechos hasta ahora desconocidos, todo ello desde el más absoluto respeto a los compromisos de confidencialidad, asumidos por mi parte en cada fase.

No hay que olvidar que, al haber estado muy significadamente apoyando las tesis de una de las partes interesadas, podría producirse una cierta tendencia a defender unos intereses de manera más sesgada. Por consiguiente uno de los objetivos será también dotar al análisis que realizaremos, de la necesaria neutralidad.

Por otra parte confiamos que con este trabajo, se pueda contribuir a dotar de cierta claridad a la institución de la copia privada, y a la consecuente remuneración

compensatoria. No pretendemos incurrir, en lo que sería un exceso por nuestra parte, al cometer el error de creer que no han existido trabajos jurídicos con rigor en esta materia. Lo único es que al ampliar el ámbito de análisis, a factores sociológicos, mediáticos, etc... pensamos que contribuiremos a evitar, las confusiones constantes, y como veremos a veces, malintencionadas e interesadas, que se han producido al respecto. Baste un ejemplo, y es comprobar cómo reiteradamente se trata de mezclar el fenómeno de la copia privada y la piratería, cuando son cuestiones absolutamente diferentes como veremos. Pues bien en esta y en otras materias, trataremos de hacer nuestra modesta contribución a la claridad y al rigor.

Finalmente pretendemos demostrar en este trabajo la necesidad de abordar una profunda reforma, pues es una institución que, aunque podría tener un sentido en el mundo de los productos analógicos, siempre estuvo mal planteada e instrumentada. Pero es que además carece totalmente de sentido en el ámbito de los productos digitales. Se trata de abordar una reforma con valentía y libre de complejos intuitivos, en defensa de unos intereses, que a veces, ni los propios titulares de derecho están conformes como veremos más adelante.

Dado que consideramos que no basta sólo con una declaración de buenas intenciones, trataremos de hacer mención a algunas fórmulas alternativas, que pueden compaginar los intereses de los titulares, en compensación del posible daño sufrido por la copia privada, y el desarrollo tecnológico e interés del usuario que no debe verse perjudicado por esta institución.

Todo ello nos permitirá llegar a conclusiones, que facilitarán establecer las bases del cambio necesario que necesita esta materia.

CAPITULO 2.- EL CANON EN ESPAÑA: DE LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL DE 1987 AL TEXTO REFUNDIDO DE 1996

2.1 EVOLUCIÓN NORMATIVA: ORIGEN E HITOS LEGISLATIVOS

2.2 LEY 22/1987 DE 11 DE NOVIEMBRE DE PROPIEDAD INTELECTUAL Y REAL DECRETO 287/1989 DE 21 DE MARZO

2.2.1 Ley 22 1987/ de 11 de noviembre de Propiedad Intelectual

2.2.2 Real Decreto 287/1989 de 21 de marzo por el que se regula el procedimiento para determinar los equipos y materiales sujetos, el importe, el sistema de recaudación y la distribución de la remuneración compensatoria a que se refieren los artículos 25 y 31 de la ley 22/1987 de 11 de noviembre de propiedad intelectual.

2.3 LEY 20/1992 DE 7 DE JULIO DE MODIFICACIÓN DE LA LEY 22/1987 DE PROPIEDAD INTELECTUAL Y EL REAL DECRETO 1434/1992 DE 27 DE NOVIEMBRE DE DESARROLLO DE LOS ARTÍCULOS 24, 25, Y 140 DE LA LEY 22/1987.

2.3.1 Novedades normativas respecto el régimen anterior

2.3.2 Breve referencia a las consecuencias de la aplicación de normativa

2.4 LEY 43/1994 DE 30 DE DICIEMBRE DE INCORPORACIÓN AL DERECHO ESPAÑOL DE LA DIRECTIVA 92/ 100/CEE, DE 14 DE NOVIEMBRE DE 1992, SOBRE DERECHOS DE ALQUILER Y PRÉSTAMO Y OTROS DERECHOS AFINES A LOS DERECHOS DE AUTOR EN EL ÁMBITO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL.

2.4.1 Principales novedades de la Ley 43/1994.

2.5 BREVE REFERENCIA A LAS CONSECUENCIAS DE LA APLICACIÓN DE LA LEY 43/1994.

2.6 REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/1996 DE 12 DE ABRIL, POR EL QUE SE APRUEBA EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL, REGULANDO, A CLARANDO Y ARMONIZANDO LAS DISPOSICIONES LEGALES VIGENTES SOBRE LA MATERIA.

CAPITULO 2.- EL CANON EN ESPAÑA: DE LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL DE 1987 AL TEXTO REFUNDIDO DE 1996.

2.1 EVOLUCIÓN NORMATIVA: ORIGEN E HITOS LEGISLATIVOS

El origen de la copia privada y su correspondiente remuneración compensatoria, hay que buscarlo en Alemania en torno a los años sesenta. Es decir dentro de la tecnología que conocemos como analógica. En concreto se dice que el mal llamado canon por copia privada, surge fruto de las controversias entre “*la industria de fabricación de copias*”, frente a “*la industria de fabricación de máquinas de hacer copias*”.⁶

Podría decirse que todo sigue igual, y que la constante en el tema del canon, es que ambas industrias han estado enfrentadas, tratando de hacer valer sus argumentos frente a jueces, políticos y legisladores, con suerte desigual como a lo largo de los siguientes capítulos veremos.

Como sabemos, fue en 1954 cuando la entidad gestora de derechos de autor alemana, GEMA, le mandó a la empresa GRUNDIG CORPORATION, por fabricar unos novedosos aparatos de reproducción y grabación de cintas de audio para uso doméstico. La publicidad de GRUNDIG promocionaba la función del aparato de hacer grabaciones de música sintonizada desde la radio. GEMA alegó que ese tipo de uso podía potencialmente afectar los intereses de los titulares de derechos de obras musicales, al realizarse copias no autorizadas de sus obras por parte del público. GRUNDIG utilizó como argumento un principio de la ley de propiedad intelectual alemana, que coloca el ámbito privado del individuo fuera del alcance de las

⁶ www.derechoaleer.org/2011/11/

restricciones del copyright.⁷

El caso llegó al Tribunal Supremo alemán quien falló que en efecto, este tipo de copias quedaban en la esfera privada, pero que tal circunstancia debía ser matizada, porque la tecnología que se usaba para ese tipo de copias no existía, cuando los legisladores redactaron la entonces vigente ley. Por lo tanto a pesar de que el literal de la ley estaba claro, en su espíritu los jueces consideraron, que en alguna medida se producía un perjuicio a los titulares del derecho de autor. No obstante como el uso, o la función de copia no era el único uso que se podía dar a los aparatos, la demanda quedó parcialmente desestimada, y tan sólo se obligó a GRUNDIG a colocar un aviso en los equipos advirtiendo a los usuarios de la posible infracción de la ley, y de la necesidad de abstenerse de promocionar esos usos. A la vista de esta situación la empresa GRUNDIG comenzó a negociar con la gestora GEMA, un acuerdo económico que le evitara colocar ese incómodo aviso legal.

Sin embargo la gestora GEMA contraatacó y demandó nuevamente a GRUNDIG, pretendiendo algo, ciertamente exagerado, como era crear un registro de usuarios quienes deberían pagar una tasa anual compensatoria, lo que les permitiría comprar ese tipo de productos. Es decir sólo el que pagara la tasa a GEMA, podría adquirir el equipo grabador. Obviamente la corte alemana no aceptó esa pretensión, pero en su fallo permitió que la gestora pudiera negociar una compensación, no con los usuarios, sino con los fabricantes de dispositivos. Y así nació el canon compensatorio, que tardó tiempo en llegar a nuestro país, prácticamente veinte años, aunque con una fuerza ciertamente importante, como a continuación veremos.

Son varios los hitos legislativos que han marcado la evolución del canon o remuneración compensatoria a lo largo de la vida legislativa de esta institución en

⁷ Ley de Propiedad Intelectual Alemana de 9 de septiembre de 1965. Última modificación 17 de diciembre de 2008. Gesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte.

nuestro país. En efecto a pesar que su origen se sitúa en los años sesenta en Alemania, como hemos visto en los párrafos anteriores, no es hasta el texto de la Ley 22/ 1987 de 11 de noviembre de Propiedad Intelectual, cuando llega al ordenamiento español.

El segundo hito, es la reforma llevada a cabo por la Ley 20/1992 de 7 de julio modificación de la ley 22/1987, que supuso una regulación más exhaustiva de la institución, estableciendo no sólo el reconocimiento de la misma sino también un conjunto de reglas prácticas que trataban de facilitar su aplicación.

Siguiente hito, fue la reforma la Ley 43/1994 de 30 de diciembre de incorporación al Derecho Español de la Directiva 92/100/CEE de 19 de noviembre de 1992, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual. Esta Ley supuso la incorporación de una serie de mejoras o ajustes técnicos en la gestión de la remuneración compensatoria, aprovechando la incorporación de una Directiva que poco o nada tenía que ver con la institución comentada.

La siguiente novedad constituye una mejora sistemática, con la aprobación del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la ley de propiedad intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia, que permitió poner un poco de orden a las diversas normas publicadas al respecto, que a su vez había supuesto derogaciones parciales de su contenido, manteniendo vigente otras partes, en lo que venía a ser un autentico caos con constantes consultas a las disposiciones derogatorias, para tener idea de las normas, tanto legales como reglamentarias, vigentes.

Finaliza este proceso de actualización normativa con la ley 23/2006, de 7 julio, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril. de Reforma del Texto Refundido

de la Ley de Propiedad Intelectual, publicada en el BOE de 8 de julio, y que ha supuesto la actualización de la normativa al nuevo entorno digital, y la incorporación de la Directiva 2001/29/CE relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, publicado en el DOCE de fecha 22 de junio de 2001. Haremos salvedad de la ley 23/2006 que se estudia en otro capítulo, en el que nos referiremos a la incidencia que la tecnología digital, ha tenido en esta materia. Por tanto el presente capítulo se refiere, a lo que podríamos denominar, legislación analógica, o referida a la tecnología analógica.⁸

Finalmente tan sólo citar, que en plena elaboración de este trabajo, se ha publicado la última reforma en la materia, lo que ha supuesto la práctica desaparición del canon, en los términos que lo veníamos conociendo. En concreto las disposiciones a las que nos referimos son la Disposición adicional 10ª del Real Decreto Ley 20/2011 de 30 de noviembre y el Real Decreto 1657/2012 de 7 de diciembre, por el que se regula el procedimiento de pago de la compensación equitativa por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, que será objeto de estudio en otro capítulo de esta obra.

Veremos por tanto a continuación en este capítulo, y con el adecuado con detalle cada una de estas fases, con sus normas de rango legal, así como las de rango reglamentario, que tanta importancia han tenido en el desarrollo de su aplicación.

Normalmente, este tipo de análisis suelen tener un valor puramente

⁸ Los circuitos electrónicos se pueden dividir en dos amplias categorías: digitales y analógicos. La electrónica digital utiliza magnitudes con valores discretos, mientras que la electrónica analógica emplea magnitudes con valores continuos. Para el análisis y síntesis de los sistemas digitales se utiliza el álgebra de Boole. Se dice que un sistema es analógico cuando la magnitud de la señal se representa mediante variables continuas, esto es análoga a las magnitudes que dan lugar a la generación de señal. www.monografias.com

complementario al núcleo principal analizado. No voy ahora en estas líneas a descubrir, la importancia que la exégesis histórica tiene para las instituciones jurídicas. Tampoco voy a descubrir ese carácter complementario, al que me referí al principio. Sin embargo en la institución que nos ocupa ese análisis histórico, es absolutamente imprescindible, para conocer el alcance de la misma así como, su configuración actual.

En efecto, cada reforma legislativa, a lo largo de la vida de la institución, ha sido condicionada por los efectos de la normativa anterior, tratando de solucionar los problemas e incidencias, que su aplicación había producido. Por tanto como decimos el análisis histórico es inexcusable e imprescindible.

2.2 LEY 22/1987, DE 11 DE NOVIEMBRE, DE PROPIEDAD INTELECTUAL Y REAL DECRETO 287 /1989 DE 21 DE MARZO.

2.2.1. Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de propiedad intelectual.

La principal aportación que supuso esta ley, fue la incorporación a nuestro ordenamiento, de una serie de instituciones que habían sido acuñadas a lo largo de los años, en los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, así como en diversos tratados internacionales.

Hay que tener en cuenta, que la vigente ley hasta la aprobación de la ley comentada, era la ley de Propiedad Intelectual de 10 de enero de 1879. Lógico es por tanto, que tuviera el texto de 1987 un marcado carácter innovador y actualizador para su época.

En efecto ya en la propia Exposición de Motivos de la ley se reconoce que:

“Especial significado tiene, asimismo, la introducción en nuestro ordenamiento de algunas figuras bien conocidas en el Derecho Comparado como esel derecho de los autores, editores, productores y artistas intérpretes o ejecutantes de las obras publicadas en forma de libro, fonograma o grabación audiovisual, a obtener una remuneración compensatoria por las reproducciones efectuadas para uso personal”.

Por tanto como indicamos, el mérito principal de la ley fue el reconocimiento de la institución, y poco más, pues en una, ciertamente breve regulación, establece los conceptos básicos, pero nada dice respecto al método de fijación de equipos afectados, importes, forma de reparto, recaudación y demás materias necesarias de regulación, para hacer operativa la institución, y que dejó para su desarrollo reglamentario, si bien como veremos en epígrafes siguientes, la experiencia habida, motivó que en años sucesivos fueran objeto de regulación por normas con rango de ley.

En efecto la parca regulación de la Ley de Propiedad Intelectual de 1987 se recoge básicamente en los artículos 25, 31 y 99 de este cuerpo legal. El principio de copia privada se recoge en el art 31, el de la remuneración compensatoria en el art. 25 y la exclusión de software en el 99. Veamos por tanto estos artículos pues con los matices y debidas actualizaciones, introducidas por las reformas legislativas posteriores, básicamente sus principios elementales han llegado hasta nuestros días.

Así el art 31 se encuadra en el Capítulo II relativo a los “límites”, con la transcendencia que esto tiene, según lo comentado en otro capítulo, al hablar de la naturaleza jurídica de la copia privada. Baste decir que según mantenemos en ese apartado, la inclusión y configuración de la copia privada como un límite al derecho de autor, ya en 1987, no es más que una confirmación de la incorporación a nuestro ordenamiento del reconocimiento de los tratados internacionales, que considera a este límite como una auténtica licencia legal, que permite al usuario hacer copias de una obra protegida sin autorización del autor.

En concreto el art 31 establece: *“Las obras ya divulgadas podrán reproducirse sin autorización del autor en los siguientes casos:*

.....

2º Para uso privado del copista y siempre que la copia no sea objeto de utilización colectiva ni lucrativa”. Como decimos una definición muy simple, que ha sido ampliada y mejor delimitada como más adelante veremos.

Por su parte el artículo 25 establecía el concepto de remuneración compensatoria en su apartado 1º, para posteriormente en el apartado 2º, indicar los destinatarios de la misma o mejor dicho los obligados al pago, y finalmente en el apartado 3º, remitirse al desarrollo reglamentario, para determinar otros aspectos como procedimiento, equipos afectados etc..

En concreto el apartado 1º del citado artículo establece: “Los autores de obras publicadas en forma de libro, fonograma o en cualquier otro soporte sonoro o visual, juntamente con los editores o productores de dichas obras y con los artistas, interpretes o ejecutantes, cuyas actuaciones se hallen fijadas en las mismas, tendrán derecho a participar en una remuneración compensatoria por las reproducciones de tales obras, efectuadas exclusivamente para su uso personal por medios de aparatos técnicos no tipográficos.”

Este apartado había que ponerlo en relación con el artículo 18 de la misma ley que establecía que *“ Se entiende por reproducción la fijación de la obra en un medio que permita su comunicación y la obtención de copias de toda o parte de ella”.*

Lo cierto es que en su momento estas definiciones por su generalidad, dieron lugar a multitud de interpretaciones, en las que no consideramos oportuno profundizar, pues han sido superadas, al incluirse algunos de los conceptos dudosos en posteriores desarrollos legislativos, tales como la referencia al concepto de libro o la copia colectiva o lucrativa, que citaremos más adelante cuando comentemos las normas posteriores en el tiempo.

Por su parte el apartado 2º del art. 25 establecía: “Dicha remuneración se exigirá de los fabricantes o importadores de equipos y materiales destinados a su distribución comercial en España, que permitan la reproducción de obras para los fines señalados en el apartado anterior”. Como vemos ya desde el año 1987, sin llegar a calificarle de deudor, como se haría posteriormente, el legislador inició y luego se ha mantenido en los diferentes cambios legislativos, una constante idea de exigir el pago no a quien hace la copia, y por tanto causa el perjuicio, sino al que supuestamente pone el medio para hacerla. No sin falta de razón, se ha comparado esta técnica con la pretendida en el ámbito del Derecho Penal alemán del siglo XIX, por el profesor Bering, quien mantenía que uno de los auxiliares del delito de adulterio era el carpintero que hizo la cama. Tan peregrina hipótesis nadie tiene que envidiar a la introducida en nuestro ordenamiento por la LPI de 1987, pues está claro que quien comercializa un equipo o que permite grabar fonogramas o copiar documentos, dudosamente sabe el destino que se le va a dar al equipo, al igual que el carpintero dudosamente conoce el destino final de la cama que fabrica, es más seguramente la diseñara para un fin, descanso o enfermedad, muy alejado del que se le quiere hacer culpable.

Esto que en esa época no se le dio demasiada transcendencia, pues parecía la solución más fácil, al trasladar el pago a las empresas y no a los particulares, lo que sin duda facilitaba y hacía más cómodo el cobro, en las sucesivas reformas, al haberse permitido la repercusión del pago al usuario, ha provocado la reacción contraria de este, que ve cómo se le obliga a pagar por algo-copia- que quizás nunca realice. Esta negativa reacción quizás ha tenido su manifestación más álgida en la última reforma como posteriormente veremos.

Por último el apartado 3º del citado artículo establece: *“El Gobierno establecerá reglamentariamente el procedimiento para determinar los equipos y materiales sujetos, el importe, el sistema de recaudación y la distribución de la remuneración. Estos derechos se harán efectivos a través de las correspondientes Entidades de Gestión”*.

Pocos comentarios merece este precepto, sino sentir que también se estableció un principio que ha permanecido inamovible en el tiempo, como ha sido la gestión colectiva de la remuneración compensatoria a través de las Entidades de Gestión. De hecho dedicó el Título IV de la ley a regular en detalle el régimen jurídico de esas entidades de gestión.⁹ y¹⁰

El desarrollo reglamentario se produjo casi un año y medio después de la publicación de la ley, a través del Real Decreto 287/ 1989, que comentaremos seguidamente y que tendrá como veremos una vida breve pero agitada.

Sin embargo antes de entrar en ese análisis debemos referirnos, muy someramente, a la clara exclusión que de la copia privada se hace al software, pues

⁹ ECHEBARRIA SAEZ, JA (2011): “Entidades de Gestión de derecho de autor y transparencia”. En la obra colectiva dirigida por MATA Y MARIN, R.M. y coordinada por JAVATO MARTIN, A.Mª: “La propiedad intelectual en la era digital. Límites e infracciones a los derechos de autor en internet. Madrid. La ley. Pág. 130: Las entidades de gestión aparecen a finales del siglo XIX en nuestro país, con el Reglamento de Espectáculos 1880, que recogió por primera vez la figura del representante del autor propiamente con la LPI de 1879 que crea el negociado de la propiedad literaria. Las reclamaciones de cantidad por el autor demostraron tempranamente su ineficacia para satisfacer los intereses de los autores ante un ambiente cultural que por primera vez practicaba la difusión editorial en masa. Los primeros apoderados individuales representantes de los autores, pronto tropezaron con el hecho de que los procedimientos civiles ordinarios de reclamación de cantidad eran un instrumento inadecuado para la representación efectiva de los intereses de autores y editores, por lo que pronto se articularon mecanismos de representación colectiva con estructura societaria.

¹⁰ ECHEBARRIA SAEZ, J.A: Op. cit: Pág: 151 “Otro aspecto criticado del sistema es que así como permite la coexistencia de gestiones de derechos individuales y colectivos, en determinados ámbitos se crea la representación colectiva obligatoria e irrenunciable a favor de las entidades de gestión, que de este modo recaudan cánones aun en contra de la opinión o voluntad de autor, en una suerte de exacción parafiscal gestionada en mano privada.

de nuevo nos encontramos ante un principio, que podríamos denominar inamovible, pues incorporado en la LPI de 1987 ha permanecido vigente hasta nuestros días, no exento de crítica por algún sector doctrinal, como se recoge en otro apartado, que no ve razón para no aplicar el límite o licencia legal de la copia privada a los programas de ordenador. Con independencia de la postura que se adopte al respecto, la exclusión ha sido una constante desde la primera versión de la ley hasta nuestros días.

En concreto nos referimos al art. 99.2 de la ley citada cuando dice: “La reproducción del programa, incluso para uso personal, exigirá la autorización del titular del derecho de explotación, con excepción de la copia de seguridad”.

Como vemos no hay una licencia general como en la copia privada, sino que aunque se den los requisitos de la misma, cualquier copia de un programa de ordenador requiere la autorización expresa de su autor.

Por razones sistemáticas este principio está fuera del ámbito del art 31 de la ley. Por razones sistemáticas en primer lugar, para dejar bien claro que al software no se le aplica los límites o licencia legal, prevista en el capítulo correspondiente al citado artículo 31. Y en segundo lugar por existir un Título específico en la LPI como es el Título VII denominado “*De los Programas de Ordenador*” que recoge la normativa específica del software en todas sus vertientes.

No merece la pena más análisis ni valoración jurídica a esta ley, que tuvo el mérito de sentar unos principios básicos pero de una forma tan simple y genérica, que en nada favoreció su aplicación.

2.2.2 Real Decreto 287/ de 1989, de 21 de marzo, por el que se regula el procedimiento para determinar los equipos y materiales sujetos, el importe, el sistema de recaudación y la distribución de la remuneración compensatoria a que se refieren los arts 25 y 31 de la ley 22/1987 de 11 de noviembre de propiedad intelectual.

Transcurrido año y medio aproximadamente desde la publicación de la LPI de 1987, el B OE de 25 de marzo de 1989 publicó el citado Real Decreto que venía a desarrollar el art 25 de la misma, en base a la facultad reglamentaria que se reconocía en el apartado tercero del citado artículo, así como en la Disposición Adicional Segunda de la Ley.

En efecto una vez sentado el principio de la remuneración compensatoria, era necesario establecer los medios para hacerla efectiva. Recordemos que la ley sólo establecía la obligación de remuneración y quién debía pagar dicha remuneración. Fijar los medios para hacerla efectiva, implicaba por un lado determinar qué equipos y materiales estaban sujetos, y por otro lado, era necesario también determinar cuánto había que pagar, es decir el importe. Asimismo, había que fijar el cómo se iba a recaudar, es decir el sistema de pago y recaudación. Y por último, era necesario determinar los destinatarios de la recaudación, que evidentemente eran las entidades de gestión, pero no estaba fijada la distribución entre las diferentes entidades.

Así el art 1 del RD 287/1989 establecía: “El presente Real Decreto tiene por objeto regular el procedimiento para determinar los equipos y materiales sujetos, el importe, el sistema de recaudación y la distribución de la remuneración compensatoria a que se refieren los artículos 25 y 31 de la ley de propiedad intelectual”.

Pues bien, cuando cabría pensar que a partir de este momento el legislador establecería una exhaustiva regulación, con análisis por minorizados, definiciones técnicas, y determinaciones cuantitativas, se limita a dejar toda esta labor a una

Comisión Mixta de composición paritaria entre titulares de derecho y obligados al pago.

De nuevo una constante en nuestro ordenamiento jurídico en esta materia, y es la renuncia tanto del legislador, como de la Administración a asumir la responsabilidad, en la regulación de la misma, que justo es reconocer es ciertamente compleja y de difícil elaboración, pero no por ello más necesario el papel dirimente de los poderes públicos, entre intereses tan encontrados como los afectados por esta normativa.

En efecto, esta práctica de tratar de conseguir la resolución de los problemas a la negociación de las partes, no deja de ser, evidentemente, una clara manifestación de respeto al principio de autonomía de la voluntad. No obstante, mucho nos tememos que se trata más bien, de un cierto miedo por parte de los poderes públicos a adoptar una regulación, que permitiera acusarle de tomar partido deliberado por uno de los sectores afectados. Dicho en otros términos, ante el reconocimiento del riesgo a no dar satisfacción a nadie, se prefiere dejar detalles tan importantes como equipos afectados e importes, a la voluntad de las partes. No cabe duda que se trata de un criterio más participativo, pero también mucho más cómodo para la Administración, y que lamentablemente ha perdurado casi hasta nuestros días, en las sucesivas reformas legislativas.

Al tiempo que el acuerdo, siquiera parcial y forzado, podría ser interpretado como apariencia de aceptación de la institución y del sistema, por aquellos que lo rechazaban rotundamente, los obligados al pago, quienes por una parte impugnaron el Real Decreto por vía contencioso-administrativa, y por otra hicieron constar tanto en actas como en posteriores escritos, que negociaban porque así lo imponía la ley, no porque estuvieran de acuerdo con esa negociación. En definitiva no querían aparecer como avalistas, o favorables a una situación no deseada.

En efecto el art 2 del Real Decreto 287/1989 establecía que *“Con el fin de*

determinar los equipos y materiales afectados, la fijación del importe y el procedimiento de cobro de la remuneración, se crea una Comisión Mixta, en la que estarán representados paritariamente los titulares del derecho y los fabricantes o importadores a quienes se exigirá el pago de dicha remuneración”.¹¹

Dada la efímera vida de este Real Decreto, que no llegó a cumplir su misión, pero que sin duda, sí fue determinante en la evolución de los hechos futuros, baste decir, como aspectos más relevantes que el mismo fijaba en detalle la composición y funcionamiento de la Comisión Mixta. Así la Comisión estaría integrada por un Presidente y dos Vicepresidentes, diez vocales en representación de los titulares del derecho, y diez vocales en representación de los fabricantes e importadores.

Como vemos se trataba de una composición paritaria con tan sólo un elemento desequilibrante, que podría hacer inclinar la balanza en uno u otro sentido, como era el voto dirimente del Presidente, previsto en el art. 12.1 del citado R.D. Esto, como veremos más adelante, tuvo una importancia decisiva en el devenir de los acontecimientos.

Por Orden Ministerial de 12 de febrero de 1990 publicada en el BOE de 20 de febrero del mismo año, se nombraron los vocales concretos de cada grupo, sin distinguir tal como lo hacía el Real Decreto entre subsectores como los productores de fonogramas, videogramas o editores de libros.

Designados los representantes de los sectores, la Comisión Mixta comenzó su actividad, desarrollando diversas reuniones tanto en pleno como en las tres subcomisiones previstas en los arts. 8.1 y 10 del R.D. 287/1989: fonogramas,

¹¹ PADROS REIG, C. (2011): “El canon digital a debate”. Barcelona. Atelier. Pag 208: “En definitiva estamos ante una especie de Administración concentrada entre el sector y la industria. Los acuerdos de fijación de los importes a los que llegue la Comisión Mixta se publicarán en el BOE y parece que debería poderse impugnar ante los tribunales ordinarios”

videogramas y subcomisión de libros. Las subcomisiones tenían como función elaborar las propuestas de acuerdos, que debían ser adoptados por el pleno de la Comisión.

Aunque este sistema permitía un amplio margen de maniobra a las partes, lo cierto es que algunas materias, estaban delimitadas de una manera que ha perdurado en el tiempo, como por ejemplo la gestión colectiva, a la que ya hemos aludido. Asimismo, ya se reconocía en la norma comentada, el deber de facilitar los fabricantes e importadores, y el correlativo derecho de las Entidades de gestión de obtener, la información que sea necesaria para hacer efectivo el derecho. Este derecho de las entidades será desarrollado en la legislación posterior, aunque la delimitación de su alcance, ha generado no poca conflictividad judicial.

Finalmente y antes de pasar a una valoración jurídica de la norma, hay que hacer referencia también a una importante novedad, y es que, aunque la ley no hacía ni tan siquiera referencia a la existencia de posibles excepciones, el art. 16.1 del Real Decreto enumera un conjunto de entidades exoneradas del pago de la remuneración, tales como entidades de radiodifusión, productores de fonogramas y asociaciones y organizaciones integradas por personas con discapacidades visuales y auditivas.

Especial mención en el apartado no obligación de pago, derivado de la combinación de los arts. 16.1 y 1.2 del Real Decreto, merecen los titulares de establecimientos que tienen a disposición del público los aparatos para su realización o cuando las copias sean objeto de utilización colectiva o lucrativa. Y añade el apartado 3 del citado artículo 1 del Real Decreto que: *“Para poder efectuar la reproducción de las obras publicadas en forma de libros, fonogramas o videogramas, los establecimientos a que se refiere el párrafo anterior deberán obtener la previa autorización de los titulares de los derechos correspondientes a dichas obras, bien directamente o bien a través de las entidades de gestión correspondientes”*.

Es importante destacar este aspecto del Real Decreto comentado, pues

supone la incorporación a esta materia de copia privada, del reconocimiento del sistema de licencia, más cercano al sistema del “*common law*” anglosajón. En realidad lo que hace la norma comentada, es poner un límite a lo que debe ser considerado uso personal o privado del copista, al efecto de evitar que la licencia genérica legal, que supone la copia privada, se extienda a determinadas modalidades de copia. En concreto a la copia lucrativa, colectiva y a la realizada en determinados establecimientos con aparatos a disposición del público. En estos casos, al contrario, y en aplicación de lo previsto en el artículo 31 de la LPI será necesaria la autorización del titular de derecho. Autorización que se ejerce a través de las entidades de gestión, que conceden una licencia a quien se la solicite, y bajo determinados requisitos, entre ellos el pago de la adecuada cantidad de dinero, permitiendo por tanto la copia de material protegido por derecho de autor.

Por tanto el Real Decreto 287/1989 viene a reconocer por primera vez en nuestro ordenamiento, dos tipos de copias: por un lado la copia privada y por otro la copia licenciada. Si bien para llegar a esta última lo hace a través de la fijación de un límite a la privada. En ambos casos los titulares verán remunerada estas dos modalidades de copia: por un lado, a través de la remuneración compensatoria en el caso de copia privada, y en otro, a través del precio de la licencia en el caso de la copia licenciada.

Lo cierto es que este Real Decreto viene a crear un sistema nuevo, que ha sido una constante en nuestro ordenamiento hasta nuestros días. Lo que también ha sido una constante, es la diferente eficacia recaudatoria de cada uno de los sistemas. En efecto según la memoria de la entidad de gestión de los derechos de los autores y editores de libros, el Centro Español de Derechos Reprográficos, en adelante CEDRO, del volumen total de su recaudación en el año 2005, por gestión de derechos, el 95 % correspondía a copia privada y el 5% a licencias concedidas.¹²

¹² www.cedro.org

Es evidente que es más cómodo cobrar, de un sistema que penaliza indiscriminadamente la adquisición de equipos, con independencia del destino final de los mismos. En cambio controlar a aquellos establecimientos, que adquieren equipos con la clara finalidad de copiar, y que no tienen autorización si no pagan, exige un esfuerzo de información, gestión, control, promoción y en algunos casos denuncia o persecución judicial, que parece que no motiva tanto la eficacia recaudatoria.

Lamentablemente, esto también ha sido una constante en la evolución de esta institución, y sus consecuencias a lo largo de los años, que van desde su creación en 1987 hasta nuestros días. Si bien, más notorio ha sido en los bloques de fonogramas y videogramas, más que en el bloque de libros donde hemos de reconocer que, aunque la cifra del 5% que apuntábamos antes es ciertamente escasa, es superior a la de los otros bloques gestionadas por otras entidades de gestión.

Este sistema de copia licenciada se complica más, si atendemos a lo previsto en el apartado 4 del art. 1 del Real Decreto 287/1989 cuando dice: *“ Lo dispuesto en los apartados anteriores se entiende sin perjuicio de lo previsto en el art.37 de la Ley de Propiedad Intelectual”*. Recordemos a su vez, que el citado art. 37 establecía *determinados casos en los que el titular de derechos, no podía oponerse a la reproducción de sus obras de manera lucrativa o colectiva en determinadas circunstancias, como copias hechas por museos, bibliotecas, hemerotecas o archivos de titularidad pública....y la reproducción se realice exclusivamente para fines de investigación*.

Veamos el caso que nos ocupa que es ciertamente complicado. Por un lado no es copia privada pues es copia lucrativa o colectiva, es decir que requiere una licencia del autor, bien directamente, bien a través de una Entidad de Gestión. No obstante el autor no se puede negar a la reproducción de su obra, cuando se den los requisitos previstos en el art 37 citado, es decir, reproducción exclusiva para fines de investigación y realizarse en determinados establecimientos. Se trata de un caso híbrido, en el que este tipo de copias tienen una licencia legal general, pues se

pueden hacer sin autorización del autor, en términos de no posible oposición, pero al mismo tiempo no generan una remuneración compensatoria, sino la necesidad del pago de una licencia por reproducción de obras.

A la vista de todo lo anterior, surge una duda importante, que posteriormente generó muchos problemas prácticos y que la normativa nueva no supo resolver. En concreto nos referimos a la compatibilidad entre la copia lucrativa o colectiva y la copia privada. Dichos en otros términos un equipo adquirido por una empresa o institución que por su objeto social o naturaleza, destina el equipo a realizar copia colectiva o lucrativa ¿debe pagar copia privada? ¿Un equipo debe pagar dos licencias: una legal y otra voluntaria? En un ejercicio mayor de simplicidad la copiadora de un Instituto de Investigación cualquiera ¿debe pagar copia privada?

Es una materia en la que según la parte afectada se mantienen, obviamente, posturas encontradas. Por un lado las entidades de gestión, sostiene que el equipo es independiente de su finalidad, y aunque su finalidad básica sea realizar copias colectivas o lucrativas, nada impide que cualquier usuario con acceso a la misma pueda hacer copia privada. Es decir en el ejemplo que indicábamos del centro de investigación, nada impide a juicio de las Entidades de Gestión, que el usuario con acceso al equipo, fotocopie parte de un libro de texto por ejemplo de lengua inglesa, para uso propio y ajeno totalmente a la labor investigadora. Es el claro ejemplo de la aplicación del criterio de la idoneidad del equipo respecto a la finalidad. La sola capacidad de copia ya tiene consecuencias, según esta teoría, se realicen o no, copias de material protegido por derecho de autor.

Por otra parte y como era de esperar, los deudores consideraban que un mismo equipo no puede estar sujeto a una doble licencia. O más claramente no podía pagar la remuneración compensatoria, y al mismo tiempo una licencia por contar con autorización expresa, del titular de derecho para hacer copias. El planteamiento del deudor era considerar que, al igual que en la técnica tributaria, aceptar este planteamiento de las entidades de gestión, era como reconocer una doble imposición.

En efecto si el hecho imponible era la autorización del titular del derecho, era claro que, o bien había que contribuir por una autorización general o bien, había que contribuir, por una autorización expresa pero no por las dos a la vez. Un solo hecho imponible, copia de material protegido, genera una sola obligación de pago no dos.

Lo cierto es, que esta cuestión ha suscitado no pocas dudas y polémicas, y ha sido uno de los puntos de fricción constante, en las sucesivas reformas legislativas y negociaciones, entre acreedores y deudores. Y lo cierto es también, que a pesar de ello, el legislador no ha resuelto esta cuestión desde el punto de vista normativo, lo que ha permitido que se haya utilizado, en las indicadas negociaciones como elemento de transacción entre las partes como más adelante veremos.

El único pronunciamiento que ha existido en esta materia ha sido la Resolución de uno de los Medidores, dictada dentro del proceso negociador, creado por la reforma del año 1992, concretamente la Resolución correspondiente al año 1994. Dado que se trata de un aspecto muy concreto en el marco de un nuevo sistema, nos remitimos a los comentarios que haremos en el apartado oportuno, en el que analizaremos esa reforma legislativa, y la naturaleza y el alcance jurídico de las resoluciones dictadas al amparo de la misma.

Baste en este momento decir, que en la citada Resolución, el Mediador se inclinó a favor de la argumentación de los deudores, y que por tanto no procedía lo que ellos calificaban como de “doble imposición”, o mejor dicho si los equipos pagaban una licencia legal estaban exceptuados de pagar la remuneración compensatoria. Curiosamente esto quedó posteriormente alterado por un acuerdo entre las partes. Una ironía más en la vida de la aplicación de esta institución de la copia privada. Pero como indicamos antes, nos remitimos al epígrafe concreto, donde realizaremos el análisis de la base jurídica de esta decisión y fijación de criterio.

Analizado por tanto el Real Decreto 287/1989 en su contenido, en su s

aportaciones al desarrollo de los artículos 25 y 31 de la LPI, y en las novedades que incorpora a la nueva institución de copia privada y su remuneración compensatoria. Nos corresponde a continuación realizar alguna aportación, siquiera breve, sobre la valoración jurídica de esta norma. Cabría pensar que primero por estar derogada y segundo por la efímera vida que tuvo, no merece la pena tal análisis. Nada más alejado de la realidad. En primer lugar ya hemos visto cómo la norma comentada, por un lado introduce unas novedades, que serán constantes a lo largo del tiempo en la evolución normativa de esta materia. Por otro lado, su contenido y aplicación ha sido determinante para el desarrollo posterior de los acontecimientos, así como de la regulación. Por tanto si bien somera, consideramos más que procedente la valoración jurídica comentada.

Las disposiciones de esta norma reglamentaria varían de forma sustancial la interpretación que, de acuerdo con una recta lógica jurídica, podría realizarse del art. 25 de la LPI, por cuanto no contempla en forma alguna que las reproducciones de las obras que la Ley establece tengan o no lugar, sino que instaura el pago imperativo de un canon, cuya obligación de pago nace de la simple adquisición de los equipos y materiales que se declaren sujetos.

Así se desprende del tenor literal del artículo 16.1, que establece en su primer párrafo:

“No estarán obligados al pago de esta remuneración por la adquisición de equipos y materiales....”

(enumerando seguidamente una serie de personas que gozan de la exención del pago del canon).

“A sensu contrario” no cabe otra interpretación que, la de que aquellos obligados, lo están por la mera adquisición, lo cual supone una significativa novedad con respecto a la Ley, que nada dice a este respecto.

Pero más importante aún resulta la consecuencia que se deriva de esta singular fuente de la que nace la obligación, con relación al pago que se exige de la misma, a personas ajenas a la causa, cual son los fabricantes o importadores. De ello se colige que los sujetos obligados son los adquirentes, aunque luego, a través de una singular figura jurídico-fiscal de análoga naturaleza a la retención en la fuente, se exija el pago de la remuneración a terceros (fabricantes e importadores), lo cual debe dar origen a una intrínseca problemática, no sólo sobre la naturaleza jurídica del pagador, sino por las consecuencias fiscales y de gestión por cuenta de tercero a que da lugar.

Curiosamente, los obligados al pago no tienen voz ni voto, y ni siquiera se contempla su presencia en la Comisión Mixta, que se establece en el artículo dos y siguientes del Real Decreto, con funciones tan importantes, tal y como hemos visto, el fijar el importe, los equipos y materiales sujetos y el procedimiento de recaudación. Con ello, se produce una indefensión de los usuarios, que siendo los auténticos obligados a la contraprestación por las reproducciones efectuadas, ven imposibilitada su participación en las decisiones, que tomarán por ellos los beneficiarios de la remuneración y sus obligados recaudadores.

Por último, debe señalarse que de la Exposición de Motivos y de todas las disposiciones reglamentarias de desarrollo del artículo 25, parece desprenderse la finalidad de implantar un procedimiento de simple recaudación de las remuneraciones compensatorias, ignorándose cualquier criterio sobre la justa contraprestación por el uso privado de la licencia legal, y todo ello sobre la base de suponer una reproducción masiva. Este enfoque de fácil y rápida gestión recaudatoria, prima sobre cualquier criterio de justicia material. En consecuencia, se exige el pago de aquel que resulta más fácil, sin que sea relevante que el adquirente haga o no reproducciones. Esto lamentablemente, ha sido una constante en la evolución normativa de esta materia.

Por tanto, parece evidente que a priori, la valoración jurídica del Real Decreto comentado debe ser negativa, fundada en las siguientes razones:

- En primer lugar a nuestro juicio el Real Decreto adolece de ilegalidad. Como ha quedado expuesto, la recta interpretación del artículo 16.1 en su párrafo primero, indica que el nacimiento de la obligación, lo constituye la simple adquisición de los equipos, lo que como también se ha dicho, es una novedad con respecto a la Ley que parece situar el nacimiento de la obligación, la causa obligacional, en las reproducciones efectuadas de las obras que se señalan en el texto legal.

Esta novedad, conculcaría el principio de legalidad que deben respetar los desarrollos reglamentarios respecto de la Ley, principio que está claramente consagrado por la norma constitucional. En este sentido, el Real Decreto ignoraría el mandato legal de que la remuneración compensatoria, debe traer causa de las reproducciones realmente efectuadas, y no de la adquisición del equipo, con la suposición de imposible prueba e in contrario de que ello equivale al disfrute de un derecho de tercero, que justifica la contraprestación remuneratoria a su favor. Por ello, se instrumenta una presunción "iuris et de iure" del uso del equipo en perjuicio del autor o editores, sin que para nada cuente indagar la voluntad del adquirente, o lo que es más significativo, el hecho objetivo de que dichas reproducciones se realicen. Claramente, el desarrollo va más allá del mandato legal por lo que es susceptible del reproche jurídico de ilegalidad.

- En segundo lugar el Real Decreto no se ajusta a los principios generales del ordenamiento y del Derecho. La implantación de las normas de desarrollo contenidas en el Real Decreto, hace posible la aparición de situaciones claramente contrarias a principios fundamentales, consagrados por nuestro ordenamiento y por los principios generales del Derecho.

Seguidamente exponemos de forma sumaria tres de estos principios que a nuestro juicio el RD conculcaba:

a) Enriquecimiento injusto:

La distribución de la remuneración compensatoria que se establece, sin atender a la identidad del autor de las obras, ni a quien hace la reproducción de la misma, ignorando el hecho mismo de si ésta tiene o no lugar, propicia el enriquecimiento de unos particulares a costa de otros, que deben pagar a unas denominadas Entidades de Gestión por algo que nadie se preocupa en establecer si se ha producido realmente. Este enfoque produce que se pague a alguien por algo que no se ha hecho, por un beneficio que el usuario no obtiene, es decir, sin que medie justa causa lo que provoca que el beneficiario de la presunta remuneración se enriquezca injustamente.

b) Trato desigual y discriminatorio:

Resulta evidente, que no tienen igual trato ante las normas reglamentarias, los beneficiarios de la remuneración y los usuarios obligados al pago. Los primeros no sólo gozaban del favor de la presunción legal, sino que estaban representados en la Comisión Mixta; por contra los usuarios y consumidores tenían en contra no sólo la presunción de uso de la licencia, a la socaire de una llamada reproducción masiva, que nadie se ocupa en demostrar su uso, sino que no tienen presencia, ni voz ni voto en la Comisión Mixta que toma las decisiones que ellos después deben soportar.

c) Restricción de derechos e imposición de cargas:

Las disposiciones del Real Decreto restringían el principio de libertad de pactos entre las personas, por cuanto se imponen a los usuarios las decisiones que toma una Comisión integrada por los beneficiarios y los recaudadores forzosos, lo que podría propiciar situaciones injustas para los que deben afrontar el pago.¹³

¹³ TATO PLAZA, A: (2008): "La reforma de la Ley de Propiedad intelectual y los límites al derecho de autor: copia privada, canon digital y press clipping". En la obra colectiva coordinada por GARCIA PEREZ, R. y LOPEZ SUAREZ, M.A., : "Nuevos retos para la Propiedad Intelectual". Coruña. Universidad de la Coruña. Servicio de Publicaciones. Pag 11: ... dad a la gran expansión y la utilización masiva de la que son hoy objeto los mecanismos y aparatos de

Pero, además, se imponían unas cargas recaudatorias a terceros ajenos al uso, que de los equipos puedan hacer los consumidores, sin que exista más motivo que lo fundamentalmente que la razón no dicha de la más fácil recaudación de las remuneraciones.

El conculcar los principios generales del ordenamiento y los del Derecho, es reconocido constitucionalmente como causa bastante para revocar las disposiciones legales. Así se consagra en una múltiple vía. De un lado, el artículo 9.1 de la Constitución impone una vinculación estricta de los Poderes Públicos a la Constitución, comenzando por los derechos fundamentales (artículo 53.1) y siguiendo con los principios contenidos en su texto, cuyo respeto es condición para la validez de toda norma reglamentaria. De otro lado, el artículo 103.1 establece el sometimiento de la Administración a la Ley y al Derecho, y esta referencia al Derecho, en palabra distinta a la Ley, no puede ser otro que el contenido en los principios generales. Para terminar, el artículo 9.3 rechaza la arbitrariedad, lo que claramente alude a los criterios inmutables de la justicia material, que sólo se encuentran en los citados principios que

reproducción, ya no puede justificarse el límite relativo a la licitud de la copia privada en su escasa incidencia en los intereses económicos del autor. Ante lo contrario, la utilización masiva de los modernos aparatos de copia y reproducción permite intuir que su uso para la realización de copias privadas de obras protegidas tiene una profunda incidencia en los intereses económicos del autor. Y, por esta razón, debe buscarse el fundamento de este límite al derecho de autor en una mera razón de oportunidad. El legislador, en definitiva, ha sido consciente de la imposibilidad práctica de establecer mecanismos de control que asegurasen de manera eficiente un eventual derecho del autor a impedir la realización de copias privadas sin su autorización. Y, en lugar de reconocer al autor un derecho de difícil aplicación práctica, ha optado por limitar su derecho de exclusiva sobre la reproducción de su obra, admitiendo la licitud de la copia realizada para uso privado, y compensando al autor con una remuneración equitativa...

permiten rechazar los resultados manifiestamente injustos de la aplicación de una norma.

Todo esto, como apuntábamos antes, motivó la interposición de un recurso contencioso administrativo por parte de los fabricantes e importadores obligados al pago, ante la correspondiente Sala del Tribunal Supremo y que posteriormente fue retirado dada la dilación del proceso por un lado, y los acontecimientos que a continuación veremos.

Para finalizar con el análisis del RD hay que hacer referencia a **cómo se desarrolló su aplicación**, pues a nuestro juicio, sin duda fue determinante para la configuración de la normativa posterior.

En efecto por Orden Ministerial de 12 de febrero de 1990, publicada en el BOE de 28 de febrero del mismo año, fueron designados los Vocales de la Comisión Mixta, en representación de los titulares de derecho por un lado y los representantes de los fabricantes e importadores por otro. Previamente otra Orden Ministerial de 21 de septiembre de 1989 había nombrado a las personas que ocuparían los puestos de Presidente y las dos Vicepresidencias previstas en el Real Decreto. Por tanto la Comisión Mixta comenzó su actividad a partir del mes de febrero de 1990.

Las primeras reuniones de esta Comisión Mixta centraron su actividad básicamente, en la fijación de unas normas de funcionamiento, que a modo de reglamento de régimen interno, permitieran el desarrollo y buen orden de las reuniones. También en la primera reunión constitutiva celebrada el 14 de febrero de 1990, tan sólo dos días después de la aprobación de la Orden Ministerial que designaba a los Vocales miembros de la Comisión Mixta, junto con las normas de funcionamiento, se fijó un calendario de reuniones, que pretendía establecer el adecuado ritmo, a la vista del retraso existente entre la publicación de la norma (1987) y su efectivo desarrollo (1990). Era evidente que a juicio de los titulares de derecho, ese periodo era un periodo durante el cual habían dejado de percibir lo

correspondiente al ejercicio de su derecho, y aunque nunca plantearon ninguna reivindicación en cuanto a la retroactividad, si mantenían una clara intención de que la Comisión Mixta avanzara con la debida celeridad, para hacer efectivo su derecho lo antes posible.

Incluso durante los debates para la fijación de las normas de funcionamiento, se puso de manifiesto las claras discrepancias entre los dos colectivos, de titulares de derechos por un lado, y fabricantes e importadores por otro. Discrepancias que luego se sucedieron, una vez aprobadas las normas de funcionamiento, cuando se entró en el debate de los equipos afectados, e importes a exigir.

Los trabajos a través de las tres subcomisiones se sucedieron a lo largo de todo el año 1990, para culminar en la convocatoria de una reunión del Pleno de la Comisión Mixta, en la que se pretendía aprobar las propuestas de acuerdos de las tres subcomisiones. Lo cierto es que tales acuerdos habían sido adoptados con el voto de calidad del Presidente, a favor de la propuesta de los titulares de derecho. En efecto la propuesta de acuerdo había sido aceptada por la totalidad de los representantes de los titulares de derecho, al tiempo que había sido rechazada por la totalidad de los representantes de los fabricantes e importadores.

A la vista de esta situación decidió la votación el Presidente, con su voto de calidad, que recogió íntegramente la propuesta de los titulares de derecho, sin recoger ni tan siquiera una, de las propuestas de los representantes de los fabricantes e importadores.

Por tanto y a la vista que el Pleno convocado para el día 10 de diciembre de 1990, en primera convocatoria y para el 11 de diciembre en segunda convocatoria, se iba a limitar a ratificar los acuerdos de las subcomisiones, de nuevo con el voto de calidad del Presidente de la Comisión Mixta, los representantes de los fabricantes e importadores decidieron presentar su dimisión, la misma mañana del 11 de diciembre, a través de la correspondiente acta notarial, que presentaron ante el Registro de

Ministerio de Cultura con carácter previo a la reunión.

Con ello, los representantes de los fabricantes e importadores pretendían dos cosas: por un lado manifestar su discrepancia con el contenido de lo que se presentaba, como un acuerdo, que no lo era, pues claramente su contenido era lesivo para sus intereses. Es decir no querían aparecer como avalistas de una situación que no deseaban, por ser claramente perjudicial para los mismos. Por otro lado, también se pretendía bloquear la actividad de la Comisión Mixta, pues los acuerdos para ser eficaces, debían ser aprobados por el Pleno de la citada Comisión. Al no poder reunirse el Pleno no se pudieron adoptar acuerdos válidos, y no pudo por tanto aplicarse remuneración compensatoria alguna, a los equipos comercializados en nuestro país.

Es evidente que puede ser criticable este comportamiento de los representantes de los fabricantes e importadores, pues claramente realizaron una maniobra de bloqueo. Pero no es menos cierto, que una revisión de las actas de las subcomisiones, y de las propuestas finales, nos lleva al convencimiento que pocas más salidas a la situación, se les dejó a tales representantes, cuando los acuerdos finales suponían en algunos casos triplicar las propuestas económicas iniciales, a favor de los titulares de derecho, tal como explicitaban en algunos de los escritos de renuncia los vocales indicados. Por otra parte no es menos cierto, que ni una sola de las propuestas de los Vocales dimitidos fueron incluidas en la propuesta de acuerdo final.

Por tanto la actividad de esta Comisión Mixta acabó en auténtico fracaso, al no poder culminar su labor de fijación de equipos sujetos a remuneración compensatoria, y fijación de importes, entre otros objetivos de la misma. Todo ello con gran frustración de los representantes de los titulares de derecho, que se sintieron engañados, al tiempo que vieron aumentar la brecha temporal que consideraban de dejación de sus derechos. Estas cantidades, que a su juicio debían de percibir, iban a condicionar de manera sustancial la futura legislación, como veremos en el apartado siguiente, en el

que un cierto criterio de revancha, y sobre todo de blindaje para evitar repetir lo sucedido con la Comisión Mixta, subyace en toda la normativa.

2.3 LEY 20/1992, DE 7 DE JULIO, DE MODIFICACIÓN DE LA LEY 22/1987 DE PROPIEDAD INTELECTUAL Y REAL DECRETO 1434/1992 DE 27 DE NOVIEMBRE DE DESARROLLO DE LOS ARTÍCULOS 24,25 Y 140 DE LA LEY 22/1987.

Vista la situación que se generó por la imposibilidad de aplicar la anterior normativa, y por tanto la imposibilidad de hacer efectiva la remuneración compensatoria, lo cierto es que el gobierno sólo tenía dos opciones: o bien tratar de repetir el proceso con otros agentes, que facilitara una mejor aplicación de la normativa vigente, o bien modificar la legislación tratando de aprender de la experiencia anterior.

La primera de las posibilidades era harto difícil, pues no existía garantía alguna, respecto al comportamiento de los agentes involucrados, incluso aunque se tratase de agentes diferentes de escasa representatividad. Por tanto, lo más seguro y eficaz era modificar la normativa vigente, introduciendo las novedades oportunas, que blindase el proceso frente a alguna maniobra de bloqueo. Al mismo tiempo se podrían introducir ciertas correcciones, obtenidas del análisis de la experiencia anterior.

Y en efecto, a ese criterio y objetivos respondió la nueva ley 20/1992 y el Reglamento que la desarrolla, el Real Decreto 1434/1992. Ya en la propia exposición de motivos vemos como el legislador indica que “ *la presente modificación de la ley 22/1987 responde a la necesidad de asegurar la efectividad de determinadas instituciones jurídicas contempladas en dicha norma. Se trata, por una parte, de conseguir una mayor eficacia en la puesta en juego de instituciones por los distintos operadores jurídicos, y por otra de ampliar el círculo de determinados derechos*

subjetivos de titulares de derechos de propiedad intelectual”.

Hay que tener en cuenta que la reforma no sólo abarcaba instituciones como la remuneración compensatoria del art. 25, sino otros preceptos y materias como el art. 24 relativos a artistas plásticos, etc...

Pero como bien decíamos antes, esta nueva legislación viene totalmente condicionada, por el fracaso de la anterior. No creo que sea exagerado indicar que esta normativa no sólo se elaboró con un criterio de eficacia, y de lograr los objetivos que la anterior no logró, sino con un cierto revanchismo, en el sentido de tratar de compensar en un caso, y sancionar en otro a los diferentes agentes, según su participación más colaborativa o no en el proceso anterior. Otro sentido no tiene, el que incluso en la Disposición transitoria única se incluyera un precepto, de claro contenido retroactivo y que afectaba al periodo anterior de negociación fracasada. No cabe duda que el legislador no tuvo inconveniente en utilizar una medida excepcional como es la retroactividad, en su deseo de reparar el desequilibrio que, a su juicio, se había producido en el periodo anterior, por las razones descritas.

No obstante, por si quedara alguna duda veremos como en la propia Exposición de Motivos, se realizan manifestaciones claras al respecto. En efecto en el expositivo segundo se indica que *“El artículo 25 es uno de los preceptos que mayores dificultades ha encontrado en su aplicación práctica”*. Añade en el mismo apartado que el legislador de 1987 optó, sin perjuicio de proceder a la directa regulación de algunos de los elementos del nuevo instituto, por efectuar una amplia llamada a la colaboración de la norma reglamentaria para la delimitación del diseño de su régimen jurídico. Indica a continuación que el Real Decreto 287/1989 cumplió dicha habilitación *“aunque fiando por entero la efectividad de la remuneración compensatoria a una solución construida sobre el principio de autoadministración por los agentes sociales implicados”*.

La siguiente afirmación de este expositivo es determinante cuando dice: “ La

experiencia de la aplicación del bloque normativo así integrado ha sido negativa desde el punto de vista de la eficacia exigible a toda relación jurídica”.

Como vemos el legislador es claro, al indicar que la reforma se basa en la experiencia negativa de la normativa anterior, que a su vez se basaba, en el que llama principio de autoadministración de los agentes sociales implicados. De nuevo, se trataba de dar apariencia de negociación de seada, a lo que no era más que negociación impuesta. Por tanto la nueva normativa se caracterizó, como en breve veremos, en un régimen totalmente intervencionista, y en un procedimiento de negociación tasado, hasta en sus últimos detalles. Se trataba de evitar cualquier fisura que permitiera reproducir una experiencia como la anterior. Y a esta tarea se orientó tanto la ley 20/1992 como, y muy especialmente, el RD1431/1992, que por su propia naturaleza desarrolladora de la ley, estableció el detalle de un procedimiento de negociación, excesivamente burocratizado, complejo y que nacía “per se” ineficaz, hasta el punto de hacer obligatoria la intervención de un Mediador, que en un principio podría parecer un árbitro pero que no lo era, como más adelante veremos.

2.3.1 Novedades normativas respecto el régimen anterior:

Veamos a continuación las novedades introducidas por esta nueva normativa:

- Concepto y naturaleza de la remuneración compensatoria:

Pocas novedades introduce la nueva ley en esta materia en lo que se refiere a la naturaleza jurídica básica de la institución, aunque sin duda introduce mejoras técnicas, en el deseo constante de delimitar los detalles de la misma.

En primer lugar hay que destacar una mejora sistemática por la referencia que se hace al apartado 2 del art. 31 de la ley, que recordemos que, es el que autoriza a

realizar copias sin autorización del autor. En definitiva trata de unir la remuneración al hecho que le sirve de base y que nos es otro que la copia privada.

Mayor claridad aún aporta el art 9 del Real Decreto 1434/1992 cuando bajo el epígrafe “*Supuesto de hecho de la obligación*”, indica que: “*Constituye supuesto de hecho de la obligación legal de remuneración la reproducción, exclusivamente para uso privado, conforme a lo autorizado en el apartado 2 del art. 31 de la Ley de Propiedad Intelectual...*”. Por si había lugar a dudas el artículo citado deja claro cuál es la “causa” de la “obligatio legis” que la ley establece.

También introduce conceptos nuevos cuando trata de delimitar el material protegido por el derecho de autor, citando a las obras publicadas en forma de libros, como ya se venía haciendo en la normativa anterior, pero uniendo a las mismas las “*publicaciones que a estos efectos se asimilen reglamentariamente*”.

Esta asimilación reglamentaria la realiza el Real Decreto 1434/1992 en su artículo 9.3 cuando indica que “*A los efectos del presente Título se entenderán asimiladas a los libros, las publicaciones de contenido cultural, científico o técnico siempre y cuando:*

- a) *Estén editadas en serie continua con un mismo título a intervalos regulares o irregulares, de forma que los ejemplares de la serie lleven una numeración consecutiva o estén fechados, con periodicidad mínima mensual y máxima trimestral.*
- b) *Tenga al menos 48 páginas por ejemplar.”.*

También es llamativo el diferente enfoque que da el legislador al derecho del autor, y a la remuneración prevista en el art.25. En efecto en la redacción de la ley de 1897 dice que “*los autores tendrán derecho a participar en una remuneración compensatoria...*”, mientras que en la nueva redacción introducida por el legislador de 1992 se dice que: “*La reproducción....originará una remuneración compensatoria*

dirigida a compensar anualmente". A nuestro juicio el legislador del año 1992 ha querido enfatizar el carácter de "derecho subjetivo" que la copia privada supone para el autor. Asimismo en el deseo de dar estructura a la remuneración de auténtica obligación civil, destaca el derecho principal que deriva de esa estructura, como un derecho subjetivo del autor.

En la normativa anterior podría considerarse como un derecho colectivo del autor, al haberlo particípe de una compensación, más que un derecho subjetivo absoluto, cabría pensar que se trata del derecho de participación como miembro de un colectivo-autores-, que tienen derecho en su conjunto a una remuneración. A ello contribuiría el hecho de que la gestión se realizase de forma colectiva a través de las entidades de gestión.

Pues bien, en la normativa que analizamos claramente el legislador configura la remuneración como un derecho subjetivo individual del autor, que obtiene una remuneración compensatoria. No obstante, sigue manteniendo el régimen de gestión colectiva cuando añade en el art 25 en su nueva redacción in fine: *"Este derecho se hará efectivo a través de las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual"*. Es decir por si hubiera quedado alguna duda que ese énfasis por destacar la naturaleza subjetiva, podría tener alguna consecuencia en cuanto a su gestión individual, el legislador lo deja bien claro.

Por último, una novedad importante, es la mejora técnica que introduce el legislador, en relación a lo que debe ser compensado a través de la remuneración. En efecto en la normativa anterior no hablaba en ningún caso de daño, ni lucro cesante. Bastaba el hecho de la reproducción de una obra conforme al art. 31 para que el autor de la misma tuviera "derecho a participar en la remuneración...". Se deducía que se producía un perjuicio para el autor que al ser copiado, dejaba de comercializar la obra original. Con los matices que este razonamiento supone, y que ya han quedado expuestos en otro capítulo, parece claro que la remuneración se estructuraba como compensatoria del daño que la simple reproducción suponía.

El avance técnico que la nueva normativa que comentamos supuso, fue una de las principales críticas que se habían hecho al sistema del año 1987, y era que la simple reproducción por sí misma no era generadora de daño. Por eso es un acierto cuando el legislador indica en la nueva redacción del art. 25 que “...originará una remuneración dirigida a compensar, anualmente, los derechos de propiedad intelectual dejados de percibir por razón de la expresada reproducción”. El avance técnico como indicábamos antes, deriva por un lado del hecho de separar claramente la reproducción con la generación automática del daño por un lado. Y por otro limitar ese daño a los derechos dejados de percibir, pues en efecto la consecuencia de la copia, en algunos casos, es la no adquisición del original y por tanto la no percepción por parte del autor del derecho legítimo derivado de su obra original.

Este avance que, como decimos, superó, las críticas anteriores, lamentablemente se quedó en una mera declaración de buenas intenciones, pues el procedimiento de cálculo como veremos más adelante, poco tenía que ver con esa delimitación del daño.

Una última novedad que queremos destacar es que aparece por primera vez en el texto del artículo comentado, el concepto de **equipo idóneo**, terminología esta, que tanto debate suscitará en el futuro. En efecto se indica literalmente que :”... *Esta remuneración se determinará en función de los equipos, aparatos y materiales idóneos para realizar dicha reproducción, fabricados en territorio español o adquiridos fuera del mismo para su distribución comercial o utilización dentro de dicho territorio en el periodo anual correspondiente*”.

Es decir, establece un principio que, será una constante hasta nuestros días, y es que deben contribuir los equipos al pago de la remuneración compensatoria por su capacidad de producir daño, y no por el daño que efectivamente producen. La so la “idoneidad” entendida en términos de “capacidad de copiar”, es suficiente para que el equipo pague, produzca o no daño. Por eso lamentábamos, que el avance técnico que

supuso reconocer los límites de cuantificación del daño, quedaran superados por la aplicación del concepto de idoneidad.

Esto explica el hecho que el nacimiento de la obligación, se produce por la mera fabricación o adquisición exterior del equipo, con independencia de cuando se comercialice. Lo que no tiene sentido alguno, pues la mera fabricación o importación de un equipo no genera, por sí sola, un riesgo real de agresión a tales derechos. Habría que esperar por tanto al momento en que la máquina se transmite para su puesta en uso.

Es totalmente censurable este criterio de idoneidad unido a la fijación del momento del nacimiento de la obligación con la fabricación o importación, pues si la naturaleza de la institución que comentamos es claramente restitutoria de “los derechos de propiedad intelectual dejados de percibir por los autores”, el momento en el que debería surgir la obligación, y por tanto la deuda, es el momento de la reproducción de la obra protegida.

El criterio elegido de la fabricación o importación era totalmente injusto, pues en efecto en toda actividad fabril o comercializadora está claro que, muy a su pesar, el fabricante no siempre vende todas las máquinas que fabrica, ni el importador todas las máquinas que importa. Cambios de hábitos, evolución tecnológica, precios, etc... son factores que en una economía de libre mercado (art 35 de la CE), como es la nuestra, influyen decisivamente en la decisión de los usuarios. Por tanto se podría dar la anomalía de tener que pagar una remuneración compensatoria por un equipo o material que nunca será usado para reproducir material protegido, ni ningún otro y que por tanto nunca podrá producir daño alguno. Claramente nos encontraríamos ante un supuesto de enriquecimiento injusto que ni siquiera el criterio de idoneidad fijado en el mismo artículo podría justificar.

Quizás por ello el art 17 del Real Decreto 1434/1992, en un claro exceso respecto a lo dispuesto en la ley, delimita el nacimiento y exigibilidad de la obligación.

Así en efecto, dispone que *“La obligación de pago de la remuneración nace en el momento en que se produzca por parte de los deudores la venta o en su caso, la cesión del uso o disfrute, de los equipos, aparatos o materiales, objeto de aquella”* y añade en el apartado siguiente: *“Sin perjuicio de lo anterior, para quienes adquieran fuera del territorio español los equipos, aparatos o materiales objeto de la remuneración, con destino a su utilización dentro de dicho territorio, la obligación de pago nacerá en el momento en que se entienda producida la puesta a disposición del bien en territorio español a favor del adquirente”*. Finaliza este artículo con una manifestación que a su vez viene a confundir más este aspecto y es el relativo a la exigibilidad de la obligación de pago al decir que: *“Con independencia del momento de su nacimiento, la obligación de pago de la remuneración no será líquida y exigible hasta que se formalice en escritura pública en el convenio, o en su caso, la resolución sustitutoria.”*

Por tanto cabe preguntarnos si el Real Decreto en un claro exceso, y por tanto en una clara vulneración del principio de legalidad y de jerarquía normativa, altera el régimen del art. 25 de la ley 20/1992. A mi juicio creo que no, si bien pudiera parecer lo contrario, dada la confusión con que el legislador abordó la materia. A mi juicio lo que se produce, aunque insisto, de manera bastante desordenada, es distinguir en tres momentos normales en cualquier relación jurídica, y que pueden coincidir, pero que no siempre, y este caso en uno de ellos, coinciden. Estos tres momentos son: el nacimiento de la obligación, el momento del cumplimiento de la obligación mediante el pago, y el momento de la liquidez y exigibilidad del pago.

Una breve referencia a estos tres momentos no es baladí, pues con independencia del valor exegético desde un punto de vista histórico, lo cierto es que esa estructura, se mantiene hasta nuestros días, estando vigente en la actualidad.

El momento del nacimiento lo sitúa la ley, tal y como hemos visto, en el hecho de la reproducción de la obra en las condiciones fijadas por el art. 31 de la ley. Sin embargo la obligación de pago derivada de esa obligación civil, nace en el momento

de la comercialización del equipo o aparato o la cesión de su uso o disfrute; no obstante la exigencia de ese pago al ser líquida la deuda sólo se realizará a partir del título que instrumenta la misma, entendiéndose por tal la escritura pública, en la que se recoja el Convenio o la Resolución del Mediador.

Sin embargo el art. 25 mantiene el criterio que para la determinación la deuda, se tendrá en cuenta los equipos fabricados o adquiridos fuera del territorio español. Por tanto la deuda se determina con un criterio y la obligación de pago con otro. No cabe duda que la técnica legislativa, como siempre más preocupada por la eficacia recaudatoria, estableció una clara contradicción que en la práctica se resolvió, fijando la condición de titular de la obligación en función de la fabricación o adquisición, y el cálculo de su importe y por tanto del pago en base a los equipos vendidos o cedidos en uso. El que la práctica fuera acertada, evitando la injusticia que la ley suponía, al establecer una obligación por el sólo hecho de fabricar o adquirir los equipos fuera del territorio español, llegaran o no al usuario, no impide que la técnica legislativa a nuestro juicio, fuera deficiente por falta de congruencia.

-Estructura obligación civil: acreedores y deudores:

Sin ánimo de profundizar en la naturaleza jurídica de la institución, dado que ya se realiza en otro capítulo, sí queremos destacar que en el ánimo del legislador de dotar a la institución del carácter de obligación civil, -“ex lege”- sin duda, pero obligación al fin y al cabo, ha fijado su causa en los términos indicados claramente en el art. 9 del Real Decreto 1434/1992, para posteriormente fijar posteriormente los elementos personales o sujetos de la obligación, en los artículos 25.3 de la ley y en los artículos 11 a 14 del Real Decreto 1434/1992.

A mayor abundamiento, denomina a estos elementos personales con la terminología adecuada a una obligación civil, designándolos acreedores y deudores,

en función de que sean receptores del pago de la remuneración, por ser titulares de derechos de propiedad intelectual, o bien que sean obligados al pago por ser fabricantes o importadores de equipos.

La primera incongruencia que debemos destacar antes de seguir con el enunciado legal de estos elementos personales, es la que supone, al igual que en la normativa anterior, considerar deudores a los fabricantes e importadores ya que ellos no realizan la reproducción para uso personal, ni utilizan los equipos. Se limitan a comercializarlos, esto es, a ponerlos a disposición de los que realmente realizan la copia y a quienes se le concede la licencia legal del art. 31 de la ley. Por tanto sólo se puede calificar de arbitrario el constituirlos en deudores, además de ilógico porque en ellos no inciden los supuestos que determinan la remuneración. Puede parecer excesiva esa calificación de arbitrario, pero no lo es tanto si tenemos en cuenta, que la ley en definitiva ha optado por un criterio de absoluta comodidad. Ante la imposibilidad o gran dificultad de obtener el pago de cada uno de los usuarios, que ejercita su derecho a la copia privada, opta por un sistema de gestión que, aprovechando la estructura piramidal del mercado de equipos, utiliza como recaudadores, a sujetos diferentes de los que van a realizar la reproducción para uso personal.

En concreto el apartado 3 del artículo 25 de la ley en la nueva versión que comentamos establece que. *“En relación con la obligación legal a que se refiere el apartado 1 de este artículo serán:*

- a) *Deudores: los fabricantes en España, así como los adquirentes fuera del territorio español para su distribución comercial o utilización dentro de este, de equipos, aparatos y materiales que permitan la reproducción prevista en el apartado 1.*
- b) *Acreedores de la remuneración compensatoria: los autores de las obras publicadas en algunas de las formas mencionadas en el apartado 1, juntamente, en sus respectivos casos, con los editores, productores de*

fonogramas y videogramas y los artistas, intérpretes o ejecutantes cuyas actuaciones hayan sido fijadas en dichos fonogramas o videogramas.”

Pocas variaciones introduce el Real Decreto 1434/1992 desarrollador de la ley, en esta materia, pues se limita a reproducir la definición que da la ley de acreedor, para luego reconocer también algo que la ley recoge, y es que el derecho de los acreedores se hará efectivo a través de las entidades de gestión, como vimos anteriormente. Lo que viene a confirmar el régimen de monopolio de las mismas.¹⁴

Se extiende más el Real Decreto 1434/1992 en la representación de los acreedores a través de las entidades de gestión, y ante la posibilidad que las mismas pudieran constituir una persona jurídica, que las agrupase al efecto de negociar el Convenio, y efectuar la distribución de la remuneración. Lo cierto es que tal posibilidad contemplada el art. 12 del Real Decreto citado, nunca llegó a producirse, a pesar del interés de los acreedores, por lo que consideramos innecesario extendernos en el análisis pormenorizado, que se realiza en el precepto indicado sobre esta posibilidad.

Por su parte, el art. 13 del Real Decreto reproduce la definición que de los deudores se da en la ley, si bien por razones sistemáticas, distingue en dos epígrafes entre fabricantes de equipos y adquirentes de equipos. Nótese que por razones de nuestra incorporación a lo que en aquel momento se llamaba CEE y hoy en día es la Unión Europea, se ha sustituido el término importador por el de adquirente fuera del territorio español, por ser más acorde con la normativa y el acervo comunitario, pues no se puede hablar de importación y si de adquirente intra o extracomunitario. En

¹⁴ ECHEBARRÍA J.A., Op. cit. Pag 133: “Como se puede ver, pese a la idea que rigió la configuración de este sistema en la temprana transición democrática española, la de crear un sistema de gestión privado y regido por los principios de libertad de asociación y libertad de competencia, lo cierto es que todas estas asociaciones disfrutaban de un campo de actuación prácticamente monopolístico en cada uno de sus ámbitos de actuación.”

ambos casos coinciden los dos epígrafes en que el destino de los equipos fabricados o adquiridos, debe ser su distribución comercial o utilización en el territorio español. No basta con fabricar en España o adquirir fuera, tiene que ser con el fin de comercializar o utilizar los equipos.

Tan sólo una novedad que no estaba prevista en el texto de la ley de 1992, y es una excepción a esta obligación, a favor de *“las personas naturales que adquieran fuera del territorio español los mencionados equipos, aparatos o materiales, en régimen de viajeros y en una cantidad tal que permita presumir razonablemente que los destinarán a su uso privado dentro de dicho territorio”*. (Art. 13 Real Decreto 1434/1992 *in fine*).

Con independencia de poder ser considerada esta excepción como un exceso a lo previsto en la ley, no es tan relevante la posible vulneración del principio de legalidad, como la constatación y confirmación de lo que con cierta ironía, consagra el legislador, y que podríamos de nominar “principio de comodidad”. Pues ante la imposibilidad de controlar, el tránsito intracomunitario de mercancías, sobre todo en aquel momento de desarme arancelario, por nuestra incorporación a las instituciones europeas, permite una excepción de pago que en la práctica causa el mismo daño que el titular que adquiere un equipo y efectúa copias con el mismo. Lo adquiera en territorio español o fuera de él, está claro que en ambos casos producirá el mismo daño, en términos de derechos dejados de percibir por el titular de los mismos. Parece más, un deseo de querer de nuevo distinguir claramente, entre quien realmente realiza el daño-usuario adquirente del equipo-, de aquel que se limita a comercializarlo, pero que ni lo usa ni tan siquiera puede, controlar o influir en el uso futuro que le de el adquirente. De nuevo es una constatación de la arbitrariedad, e injusticia a la que aludíamos anteriormente.

Finaliza la regulación en esta materia el Real Decreto comentado, al igual que en el caso de los acreedores, con la previsión de constitución de asociaciones específicas por parte de los deudores para la defensa de sus intereses. Tampoco

merece la pena profundizar en esta materia por la escasa transcendencia práctica que tuvo tal regulación. Sólo se constituyó una Asociación que tuvo una vida ciertamente efímera al no pasar de cinco asociados y la mayoría de las empresas deudoras, como en breve veremos, decidieron defender sus intereses de manera particular, si bien coordinadas a través de sus patronales ya constituidas.

- Importe de la remuneración:

Al importe de la remuneración se refiere el apartado 4 del art.25, en lo que supone una importante novedad respecto al régimen anterior. En efecto, recordemos que una de las funciones que se asignaba a la fallida Comisión Mixta, creada en 1990, era la fijación de la cuantía de la remuneración, y para ello no se aportaba ningún elemento que facilitara el cálculo de la misma.

Sin embargo una novedad importante en la nueva ley que comentamos es, que se fijan importes por categorías de equipos, que permiten el cálculo total de la remuneración compensatoria. En efecto el apartado 4 del art 25 establece tres categorías de equipos o aparatos y dos de materiales, en claro reflejo de las categorías indicadas en el apartado 1 del mismo artículo.

Las tres categorías de aparatos son por un lado, los equipos y aparatos de reproducción de libros, a los que habría que añadir en consonancia con lo dispuesto en el apartado 1 del propio artículo, “y publicaciones asimiladas”, que distinguen distintas cantidades que iban de las 7.500 pesetas a las 37.000 pesetas en función de la velocidad de copia de los equipos.

Por otro lado cita a los equipos o aparatos de reproducción de fonogramas, fijando una cantidad de 100 pesetas por equipo. Y la última categoría son los equipos de reproducción de videogramas para los que fija una cantidad de 1.100 pesetas por

unidad de grabación. A estas categorías de equipos añade dos categorías de materiales de reproducción: los de reproducción sonora para los que fija 30 ptas. por hora de grabación, y los de reproducción visual o audiovisual para los que fija 50 ptas. por hora de grabación.

En este apartado merecen la pena hacer dos consideraciones: por un lado destacar que las cantidades fueron muy criticadas por desproporcionadas. No tan tanto por su excesivo importe, sino por el desequilibrio existente entre las mismas. Por ejemplo en el ámbito de la reprografía la cantidad de 22.500 se consideraba excesiva, pues por razón de los equipos afectados, podía suponer hasta un 20 ó 30 % de valor del equipo; sin embargo un equipo de alta velocidad, y por tanto con mayor capacidad de copia, pagaba 37.000 ptas que en algunos casos, no alcanzaba tan siquiera el 1% del precio final del equipo, con lo que esto suponía de impacto en el mercado.

Por otra parte se ve una clara discriminación en relación a los materiales de reproducción, respecto a los equipos, cuando en realidad la misma capacidad de copia reside en uno y otros o mejor dicho son complementarios. No se podría producir la copia sin la acción conjunta de los elementos: equipos y materiales. Recordemos que estamos en el año 1992, no existía la tecnología digital ni por tanto equipos grabadores que incorporasen discos duros, y la base para hacer una copia era los equipos y los conocidos como casetes, en el caso de las grabaciones sonoras, y los videocasetes en los casos de las grabaciones audiovisuales. De nuevo aparece claramente el ánimo recaudatorio, por encima de cualquier otro criterio. Pues en efecto como decimos, y a pesar de igualdad de capacidad de copia, el equipo de mayor difusión y por tanto de mayor eficacia recaudatoria tiene asignada una cuota por encima del equipo de menor difusión y una menor capacidad recaudatoria. Dicho en otros términos, bastaba un solo equipo para hacer miles de copia; sin embargo una sola cinta de casete de 90 minutos, habitual en el mercado, y capaz de sólo una copia, pagaba casi lo mismo que el equipo.

Otra consideración a tener en cuenta, si bien será más desarrollada en el

apartado siguiente, es que estas cantidades simplemente servían para fijar la cantidad total. Dicha cantidad total se obtenía por tanto, de la multiplicación del número de equipos comercializados, por el importe que la ley asignaba a las diversas categorías de los mismos. Por tanto si el cálculo era así de sencillo, por qué se establece un procedimiento ciertamente complejo, en exceso burocratizado y condenado, casi per natura, a ser sustituido por una resolución de apariencia arbitral. En los apartados siguientes quedará resuelta esta cuestión. Basta decir de momento que de nuevo la experiencia del fracaso anterior de la Comisión Iastró, sin duda, el avance que supuso el establecer cantidades y categorías equipos, que si bien alejadas de la realidad del mercado, suponía una contribución a la facilidad y transparencia del cálculo.

Lo cierto es que nunca se logró averiguar el origen de estas cantidades, que no responden a criterio alguno ni clasificación “estándar” en el mercado. Sin embargo permanecieron inalterables a lo largo de la tramitación parlamentaria del proyecto de ley, a pesar de los numerosos estudios que se aportaron, y esfuerzos por ambas partes para influir en su cambio. Tan sólo en el trámite del Senado, una enmienda del un senador del desaparecido grupo del CDS, proponiendo una rebaja del 25% de las cifras del bloque de libros, fue aceptada, y por tanto fue la única variación a este respecto, en el planteamiento inicial del proyecto de ley.¹⁵

En todo caso hay que destacar también que en un principio estas cantidades, al menos en teoría no son cantidades fijas. En efecto la Disposición Adicional Sexta permite la revisión de estas cantidades en los siguientes términos: *“Se faculta a los Ministerios de Cultura y de Industria, Comercio y Turismo para adecuar, cada dos años, las cantidades establecidas en el artículo 25.4 de esta ley a la realidad del mercado, a la evolución tecnológica, y al Índice Oficial de Precios al Consumo”*.

Lo cierto es que esta facultad nunca fue ejercida por los Ministerios competentes para hacerlo. No sólo durante el periodo de vigencia de esta ley sino

¹⁵ www.senado.es

incluso cuando han existido reformas legislativas. Como veremos en los epígrafes siguientes, no se ha producido actualización alguna de las cifras, a pesar de haberse producido una evidente evolución en los precios, las condiciones de mercado y la tecnología de los equipos. Ha sido necesaria una auténtica revolución tecnológica, como es el paso de la tecnología analógica a la digital, y una agria polémica en la opinión pública, para que el legislador en el año 2006 acometiera la tarea de modificación de cantidades.

Ni tan siquiera un cambio tan evidente como era la sustitución en su día, de la peseta por el euro, mereció una actualización que por otra parte, se hubiera limitado a una simple conversión, con aplicación de la normativa específica de redondeo. Fueron los diversos agentes- acreedores y deudores- los que tuvieron que realizar esa labor de conversión monetaria y tecnológica, y resolver las dudas que en su día surgieron.

Lo cierto es que esta dejadez de la Administración en el ejercicio de esta facultad de actualización, fue muy a pesar de los acreedores y deudores, que en diversas ocasiones solicitaron el ejercicio de la misma. Lógicamente cada una de las partes tenía intereses diferentes. Así los acreedores consideraban que, por la incidencia de la inflación en los precios de los equipos y en la economía en general del país, era necesario un incremento de las cantidades. Sin embargo, los deudores aportaron importantes estudios de incidencia del fraude en el pago, de afectación del mercado, y deterioro en los precios, avalados incluso por estudios y teorías universalmente reconocidas, como la ley de Moore ¹⁶, todo ello tendente a justificar la necesidad de una reducción de las cantidades establecidas en la ley.

Pues bien a pesar del interés por ambas partes por defender sus posturas e

¹⁶ La ley de Moore expresa que aproximadamente cada dos años se duplica el número de transistores en un circuito integrado. Se trata de una ley empírica formulada por el cofundador de Intel, Gordon E. Moore, el 19 de abril de 1965, cuyo cumplimiento se ha realizado hasta hoy. La consecuencia directa es que los precios bajan al mismo tiempo que las prestaciones suben. “www.intel.com”

intereses, los estudios y datos aportados, como indicamos anteriormente, fue necesario el paso de catorce años y una revolución tecnológica del calado indicado para que tal actualización se produjera.

Por último indicar que la aportación que en este apartado realizó el Real Decreto 1434/1992, fue tan sólo por un lado especificar las cantidades en el caso de los materiales, correspondientes a minutos, lo que por otra parte era bien sencillo, al haber fijado la ley cantidades por hora. Bastaba una simple división por 60 minutos, tanto en los materiales de grabación sonora como en los audiovisuales. Por otra parte distingue y define claramente en el art. 15 del citado Real Decreto entre Equipos o Aparatos y Materiales. Así a los primeros los define como *“El conjunto, interconectado y articulado, de elementos físicos que permitan la reproducción”*. Por su parte define *“materiales”* como *“ Los elementos físicos utilizables como soporte conjunto de la correspondiente reproducción”*. De ahí que para esta segunda categoría se generalizó la expresión “soportes” más que materiales.

-Fijación de la remuneración compensatoria.

A ella se refieren los apartados 5 y 6 del reiterado art. 25. Básicamente reproduce el modelo anterior de la negociación de las partes, al efecto de que lleguen a un Convenio, y para evitar que se reprodujera la negativa experiencia de la fase anterior, se preveía la intervención tasada de un Mediador que decidiría a falta de acuerdo entre las partes.

En efecto el apartado 5 del art. 25 establece: *“La remuneración compensatoria se fijará anualmente en los términos siguientes:*

- a) Se podrá establecer mediante convenio pactado, dentro de los dos primeros meses de cada año, por los deudores, o, en su caso, a través de las*

asociaciones constituidas por ellos para la defensa de sus intereses, y las correspondientes Entidades de gestión de los acreedores o la persona jurídica en la que estos se hayan podido agrupar para negociar el convenio y realizar el cobro y distribución de la remuneración. Una vez concluido aquel se pondrá en conocimiento del Ministerio de Cultura.

Dicho Convenio deberá formalizarse en escritura pública, la cual llevará aparejada ejecución a los efectos y en los términos de lo dispuesto en la Sección Primera del Título XV del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

- b) Si transcurrido el plazo para la celebración del convenio, este no se hubiere concluido, la remuneración compensatoria será fijada mediante la intervención mediadora y resolutoria de tercero, que será obligatoria para los deudores y los acreedores y que no alterará la naturaleza jurídico-civil de la obligación concretada”.*

De nuevo la ley quiere llevar a los deudores al terreno del consenso a parente denominando Convenio, pero que en realidad no lo es. No es Convenio, porque la negociación está tasada, que no le deja margen de maniobra para que se considere una auténtica negociación. En realidad el deudor no es libre de discutir los importes por máquina, estos están fijados por ley. El deudor no es libre de cuantificar el daño total, en términos de cantidades dejadas de percibir, que es lo que fija la ley como remuneración compensatoria. El deudor se limitará como ahora veremos, a aportar unos datos que permitirán determinar la deuda global, en función de los equipos vendidos y la imputación individual de su deuda, en función de sus ventas específicas.

Por tanto no estamos ante un proceso negociador strictu sensu sino ante un “Convenio Liquidatorio” de cálculo y de deuda. Lo que ocurre es que la Administración en esta materia, en toda su evolución legislativa, siempre ha pretendido dar una apariencia de convenio por parte del deudor, a lo que siempre ha sido algo impuesto

para el mismo.

En efecto los deudores han rechazado tal condición por entender que no son ellos los que hacen dicha copia, y que tan sólo por un criterio de facilidad en el cobro están llamados a ser deudores de la misma. Sin embargo la Administración ha pretendido siempre, revestir a la fijación de los detalles con cretos y fundamentales de la remuneración compensatoria, como son los equipos afectados y el importe a satisfacer, de un halo de consenso que nunca ha existido, y curiosamente cuando ha existido porque a los deudores no les ha quedado más remedio que aceptarlo, por ejemplo ante una sentencia judicial, la Administración no ha revalidado dichos acuerdos.

Es decir la Administración siempre ha pretendido, que los deudores aparecieran como avalistas de una situación no deseada, y a continuación veremos cómo llega a blindar un procedimiento, con una cantidad de detalles, a tal fin, de manera que lo hace inoperante. A nuestro juicio por dos motivos: uno por su deseo de aparentar la introducción pacífica de una figura, que sólo favorece a una parte de la sociedad, y evitar al mismo tiempo las críticas que de ello pudieran surgir planteando como consensuado algo que no lo es, pues la discrepancia ya nace desde un principio.

El cumplimiento y el rigor en el acatamiento con la ley, no debe confundirse con la conformidad con la misma. De ahí que la conflictividad judicial haya sido también una de las constantes, en la evolución de la aplicación de las diferentes normas a lo largo del tiempo.

Sentado por tanto, que no estamos ante una auténtica negociación ni Convenio, veamos su alcance, contenido, procedimiento y eficacia, aspectos todos estos desarrollados en el Real Decreto 1434/1992.

En efecto el Real Decreto citado contiene una prolija y detallada regulación del

procedimiento del Convenio sobre remuneración compensatoria, al que dedica íntegramente el Capítulo II, artículos 20 a 30, en los que contiene de una manera exhaustiva, todos los aspectos posibles de la finalidad y agentes a participar en proceso, así como los elementos personales a participar y la eficacia jurídica de los acuerdos adoptados.

Sería excesivo por nuestra parte extendernos demasiado, en todas las facetas del procedimiento, dado el nivel de detalle que la norma establece, al tiempo que poco aportaría desde un punto de vista de la valoración jurídica de la institución que comentamos. Así que a los meros efectos de valoración histórica resumiremos en algunas ideas los aspectos más relevantes:

-El Convenio pretendió establecer la determinación global e imputación individual entre los deudores, del montante de la remuneración compensatoria, devengada en el curso del año natural precedente, a la negociación del convenio, tal como indica el art 21 de Real Decreto. Este artículo ratifica las consideraciones que realizábamos anteriormente, en relación con la naturaleza de este Convenio, que no era propiamente una negociación, sino una liquidación. No le priva de tal naturaleza el hecho que en el apartado segundo del citado artículo del Real Decreto se establezca la posibilidad de establecer otros “*pactos lícitos y condiciones especiales*” que las partes juzguen conveniente, pues se trata de una mera posibilidad, que en nada desvirtúa el contenido principal que es eminentemente liquidatorio.

-Partes en el Convenio son las entidades de gestión en representación de los acreedores y los deudores, que ya vimos podían actuar agrupados y representados por Asociaciones. En este sentido sí que es necesario destacar a nuestro juicio, un error contenido en el art 20 del Real Decreto, y es que el Convenio estaba condenado al fracaso, o mejor dicho a la imposibilidad de su conclusión, al establecerse en el apartado 3, del citado artículo, que “*El convenio sólo se entenderá concluido cuando, en los términos del art. 29.1 de este Real Decreto, la totalidad de las partes del mismo conocidas al tiempo de su conclusión suscriban un acuerdo sobre todos los extremos*

recogidos en el artículo siguiente". Sólo la más absoluta ignorancia del legislador sobre la realidad del mercado, puede justificar este precepto, que condena todo el proceso a una obligada mediación.

En efecto, así como las entidades de gestión, sumados todos los bloques de negociación: libros, fonogramas y videogramas, no pasaban de siete entidades. En el caso de los deudores el número de empresas eran miles. Por tanto ya hubiera sido difícil lograr que todas participasen; pero aún en ese caso bastaba que tan sólo una se opusiera, para que no se pudiera considerar aprobado el Convenio, por lo que la Mediación, que en un principio se concebía como un proceso sustitutorio, en defecto de acuerdo, devenía en un proceso prácticamente obligatorio.

Este criterio quedaba refrendado en el párrafo siguiente del mismo apartado y artículo del Real Decreto que comentamos, pues para evitar experiencias del pasado se establece: *"Sin perjuicio de lo previsto en el párrafo anterior, no será preciso el concurso de todas las partes para la válida constitución de la mesa de negociación del convenio. La disidencia o la autoexclusión de alguna de las partes impedirá la conclusión del convenio, pero no la celebración de las sesiones negociadoras del mismo según lo previsto en este capítulo, ni la adopción de acuerdos entre los presentes. Dichos acuerdos, de conformidad con el art. 34.2, deberán ser tenidos en especial consideración por el mediador a los efectos de la resolución a que se refiere el capítulo siguiente."*

Una vez más, nos encontramos ante el deseo de blindar un proceso frente a las experiencias pasadas, en las que la autoexclusión bloqueó el proceso negociador. Pero vemos como ese deseo de nuevo, lleva a cometer la enorme torpeza que una sola empresa en efecto, no puede bloquear el funcionamiento de una mesa negociadora, pero puede echar por tierra todo el trabajo de la misma, votando por ejemplo en contra en la última sesión, transformando un posible convenio en acuerdos parciales, con una eficacia limitada a ser una recomendación moral al Mediador, como luego veremos con más detalle.

Posteriormente veremos cómo esta consideración no es una mera especulación científico jurídica, sino que tuvo su traducción real, cuando un conjunto de empresas del sector reprografía que representaba el 97% del mercado nacional, se vio obligado a pasar por la resolución de l Mediador cuando tanto acreedores y deudores con una altísima representatividad, habían gestado un acuerdo tras meses de arduas negociaciones. Es evidente que algo fallaba en el sistema cuando se producían tales consecuencias.

-En los apartados siguientes del Capítulo II del Real Decreto comentado se tratan detalles algunos de ellos de profundo calado burocrático, como la forma de hacer las convocatorias, el desarrollo de la sesión constitutiva, el nombramiento de Presidente y Secretario de la Mesa, su retribución, normas de las sesiones, etc...

En este sentido quizás lo más relevante sea destacar, como el legislador se cuidó también mucho de generar un proceso que no fuera especialmente largo, para lo que estableció unos plazos muy tasados en el proceso negociador. Así se establecía que la sesión constitutiva se realizaría mediante convocatoria pública a través de una orden ministerial. La fecha de esta sesión constitutiva debería ser siempre anterior al 15 de enero de cada año. (art 22 Real Decreto 1434/1992).

En cuanto a la finalización del Convenio establecía el art 29 del Real Decreto comentado dos formas de finalización: una por la obtención de un acuerdo entre las partes. Ya hemos visto que esto era prácticamente imposible pues bastaba un solo voto negativo o simple abstención para que tal acuerdo no fuera posible. Por si no hubiera quedado claro en los preceptos anteriores, el propio art. 29 del Real Decreto en cuestión establece que: *"... Sólo se entenderá producido dicho acuerdo cuando haya suscrito por la totalidad de la partes legitimadas en el art.20.2 de este real Decreto y conocidas al tiempo de la celebración del convenio"*.

La segunda forma que prevé el art 29 y por lo indicado anteriormente la única

que se podía aplicar era que : “ *Se consideraría igualmente terminada la negociación en el caso que hubieran transcurrido los dos primeros meses del año natural sin haber concluido el convenio de acuerdo con lo previsto en el número anterior*”. Es decir que necesariamente a partir del 1 de marzo de cada año, salvo el extraordinario supuesto de conseguir la unanimidad entre cientos de empresas, el Mediador debía comenzar su actividad, en los términos que veremos a continuación.

Para finalizar con este apartado, relativo al convenio, simplemente indicar que en el caso de haberse logrado tal Convenio, este debía elevarse a escritura pública. Lo más importante de esta elevación a documento público, es la fuerza ejecutiva que al mismo se le daba en el apartado 3, del art. 30 del Real Decreto, que realizaba la correspondiente remisión normativa a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Igual eficacia se le atribuía a la Resolución del Mediador, remitiéndonos por tanto en este apartado a los comentarios que en su momento realizaremos sobre esa Resolución y su eficacia ejecutiva.

-Mediación sustitutiva del Convenio

A ella se refiere los apartados 5 b) y 6 del artículo 25 de la ley comentada y que posteriormente son objeto de desarrollo en el capítulo III del Título II del Real Decreto 1434/1992.

De nuevo en este caso, tenemos que hablar de cierta contradicción, y por tanto vulneración del principio de legalidad entre la Ley y el Real Decreto que la desarrolla. En efecto la Ley prevé, en caso de falta de convenio, que “*la remuneración compensatoria será fijada mediante la intervención mediadora y resolutoria de tercero, que será obligatoria para los deudores y los acreedores y que no altera la naturaleza jurídico-civil de la obligación concreta*”. Se preocupa por tanto el legislador, a nuestro juicio, de destacar varias cosas: por un lado la imparcialidad de un tercero, que

resuelve en teoría un conflicto por discrepancias entre dos partes, que no alcanzan un convenio. Ya nos hemos referido al alcance más liquidador, que resolutorio del Mediador, que viene a ser lo que en la doctrina civil se llama un arbitrador más que un árbitro.

Por otro lado, se preocupa también de destacar la obligatoriedad de la resolución para ambas partes, y por último se preocupa de evitar que esa intervención mediadora, pudiera contribuir a una cierta desnaturalización de la relación jurídica como obligación civil, realizando incluso una clara manifestación al respecto.

Sin embargo el artículo 31 del Real Decreto 1434/1992 en una clara desnaturalización de la figura indica que: *“Corresponde al Ministerio de Cultura la potestad de mediar con carácter resolutorio entre las entidades de gestión de los acreedores y los deudores de la remuneración compensatoria...”* A nuestro juicio es una gran torpeza, por parte del legislador de esta declaración, a la que nada empeche el hecho, de que la propia ley establezca como facultad del Ministerio de Cultura de designar al mediador, pero la facultad de dirimir, con los límites indicados, le corresponde a ese tercero, que actúa en nombre propio como supuesto árbitro, no como representante del Ministerio de Cultura. El Ministerio se limita a designar al Mediador, pero no le corresponde al Ministerio decidir, sino que es ese tercero quien imparcialmente debe decidir.

De esta forma, y por eso lo calificamos de torpeza, y de vulneración del principio de legalidad, el Real Decreto contribuye a fomentar las dudas que siempre se tuvieron sobre la posible imparcialidad del Mediador, precisamente por su designación por el Ministerio y a pesar de las garantías de evacuar un trámite de audiencia entre las partes, sobre la propuesta de designación, según establece el art 32 del citado Real Decreto. Si ya de por sí su nombramiento podría generar dudas, el hecho de que a pesar de lo dispuesto en la ley, el Real Decreto atribuye la facultad de dirimir al Ministerio, cuya finalidad es, entre otras, la protección de los acreedores y su actividad de promoción cultural, creo que la expresión torpeza es cuando me nos

prudente y hasta generosa.

La actividad del Mediador se podía estructurar en una fase de instrucción, elaboración del proyecto de resolución y audiencia a las partes, y por último la fase de resolución.

En cuanto a la fase de instrucción el art 33 del citado Real Decreto le facultaba para, no sólo recepcionar toda la documentación y actas de la Mesa de Negociación, requerir a las partes y a las Administraciones Públicas la información que considerara relevante, realizar cerca de los sujetos obligados al pago, las actuaciones de comprobación pertinentes, sino que le atribuyó las más amplias facultades, cuando establecía en el apartado 1 del mencionado artículo que “ *El Mediador desarrollará de oficio cuantas actuaciones de instrucción considere adecuadas para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba dictar la resolución mediadora*”.

En relación a la fase de proyecto de resolución y audiencia a las partes, es el art 34 del Real Decreto el que desarrolla la materia, enfatizando algo que ya declaraba la ley, al exigir que el Mediador debiera tener en cuenta todos los acuerdos adoptados durante la negociación, y recogidos en la correspondiente acta. En cuanto al trámite de audiencia, no plantea ninguna peculiaridad, remitiéndose a la legislación vigente en aquel momento sobre el procedimiento administrativo común.

Cabría plantearnos hasta qué punto el Mediador estaba vinculado por los acuerdos parciales adoptados en la Mesa de Negociación. Durante toda la exposición de este procedimiento de determinación de la remuneración compensatoria, estamos incidiendo en varias críticas, y además de la burocratización excesiva, estamos indicando como se trata, constantemente, de dar la apariencia de una auténtica negociación a lo que no era tal.

Vemos como se trata más bien de un proceso liquidatorio en el que no prima,

como en cualquier negociación el principio de autonomía de las partes y libertad de pactos. Y como se establece un procedimiento casi automático, en el que este llamado Mediador, no era tal. De hecho ni siquiera tenía libertad para decidir sino que estaba vinculado por esos acuerdos parciales; pero hasta qué punto era esto cierto. La ley hablaba de *“deberán ser tenidos en cuenta”*. ¿Qué alcance tenía esa obligación? La respuesta era determinante para la verdadera calificación de la figura del Mediador.

Pues bien el único pronunciamiento que conocemos, que nos aporta algo de luz sobre la materia es la Resolución del Mediador de fecha 11 de julio de 1994. D. Jesus Olabarria Iglesia, designado para el periodo comprendido entre el 1 de enero y 31 de diciembre de 1993, cuya Resolución fue elevada a escritura pública con fecha 21 de julio de 1994. En dicha Resolución y en su apartado Cuarto, relativo a la *“Determinación del montante global y de la imputación individual de la remuneración compensatoria”*, en su epígrafe 1º se refiere a la *“Consideración de los acuerdos parciales alcanzados por las partes”*. En este apartado, y al efecto de solventar algunas de las alegaciones planteadas por las partes, al proyecto de resolución en la fase de audiencia, se pronuncia al respecto indicando, la no vinculación de esos acuerdos parciales.

En efecto dice literalmente a la pregunta de si eran totalmente vinculantes para el Mediador los acuerdos parciales. *“Ni lo entendió así este Mediador en su Proyecto, ni después de examinar detenidamente las alegaciones presentada por los citados deudores, lo entiende ahora. El examen de dichas alegaciones no hace otra cosa que reafirmar a este Mediador en su opinión”* y añade que *“los términos en que se expresa el ordenamiento jurídico son tan claros y tajantes al respecto que hacen totalmente inaceptable, no ya la pretensión de sustitución de la Resolución del Mediador por los acuerdos parciales, sino también la absoluta vinculación del Mediador a los mismos”*. Entre otros argumentos destacamos por su claridad el que indica que:” De la obligación del Mediador de “tener en cuenta” o de “tener en especial consideración” los citados acuerdos..., no es admisible deducir la consecuencia que dichos acuerdos parciales sean absolutamente vinculantes para el Mediador.

No podemos más que alabar la interpretación que realizó el Mediador en su día. Primero por entender que es la interpretación más lógica, y segundo porque en caso contrario el Mediador no sería no un árbitro, que no lo era, sino tan siquiera el liquidador de una deuda. Será tan sólo el notario de una realidad que no controla, y en la que no podría influir. De no ser así no tendría sentido su figura, que dado el sistema que se creó ya estaba bastante cuestionada.

Por último se refiere el art 5 del tan reiterado Real Decreto a la fase de Resolución que el Mediador deberá dictar en el plazo de dos meses, a contar desde la publicación de la Orden Ministerial con su nombramiento. Si bien tenía posibilidad de solicitar una prórroga de un mes al Ministerio de Cultura, cuando las circunstancias lo justificaran.

La resolución se formalizaría en escritura pública que llevaría a parejada ejecución, en los mismos términos que lo previsto para el Convenio, dándosele publicidad mediante la publicación íntegra en los tableros del Ministerio, y un extracto de la misma en dos periódicos diarios de amplia difusión en territorio nacional.

-Mínimos individualizados, liquidez y exigibilidad de la deuda.

Contiene la Ley 201992, en esta materia, dos novedades importantes que es necesario resaltar, y a las que se refieren los apartados 7 y 8 del reiterado artículo 25. En concreto el apartado 7 dice: “*Las cantidades determinadas mediante resolución sustitutoria del convenio se conceptuaran como **mínimos individualizados**, sin perjuicio del ejercicio por parte de los acreedores de las correspondientes acciones ante los órganos del orden jurisdiccional civil para la determinación del importe íntegro de las mismas*”.

Este apartado trata de nuevo de favorecer de manera exclusiva los intereses de una de las partes, como son los acreedores. En efecto, considera que las cantidades imputadas en su Resolución por el Mediador, son mínimos o mejor dicho un punto de partida garantizado, que no excluye la facultad de solicitar su revisión y por tanto su incremento, ante la jurisdicción civil. No olvidemos que aunque la Resolución tenga carácter administrativo- la dicta un tercero nombrado por el Ministerio de Cultura, que es depositario de la facultad de dirimir según reza el Real Decreto 1434/1992, visto anteriormente-ello no desnaturaliza el carácter civil de la obligación, por lo que el ámbito jurisdiccional adecuado para revisar, en su caso, las cantidades imputadas debe ser el civil.

No obstante lo curioso del caso, es que esa facultad sólo se la reconoce a los acreedores, lo cual no deja de sorprender, que de una manera tan clara se vulnere el principio de igualdad de la Constitución, art. 14, así como del derecho a tutela judicial, art. 24.1 CE, incurriendo o por tanto a nuestro juicio en un claro caso de inconstitucionalidad. ¿Qué razón puede llevar a permitir que el acreedor pueda acudir a los tribunales para pedir una revisión, lógicamente al alza de las cantidades, y el deudor no pueda acudir al mismo órgano jurisdiccional para solicitar una revisión a la baja? Al igual que el Mediador podría cometer un error en la estimación de cantidades, al estimarlas por debajo de la realidad, en base a una información errónea, ¿No podría también cometer el error en sentido contrario? Por otra parte, no estamos constantemente destacando el carácter civil de la obligación, ¿Qué sentido tiene un desequilibrio tal de la posición y prestaciones entre las partes? Y por último aunque la obligación sea civil, no cabe duda que la Resolución es administrativa por las razones antes apuntadas, ¿Tampoco el deudor podrá acudir al orden jurisdiccional contencioso-administrativo? Entonces ¿qué sentido tiene esta declaración a favor de los acreedores?

No cabe duda, que cuando el legislador se deja llevar de un ánimo tan favorecedor de una de las partes, incurre en errores no sólo graves- inconstitucionalidad- sino claros y flagrantes de injusticia.

En su deseo de seguir favoreciendo los intereses de los acreedores el apartado 8 del reite rado art 25 estableció a: *“Las cantidades fijadas como remuneración compensatoria tendrán la condición de obligaciones líquidas y exigibles desde que el convenio o, en su caso, la resolución sustitutoria del mismo se hubiera elevado a escritura pública”*. La claridad del precepto también da lugar a pocos comentarios, que no sea reiterar el indicado en un principio, relativo al carácter tuitivo de la norma a favor de los acreedores, que les permite la exigibilidad de la deuda desde el otorgamiento de la correspondiente escritura pública. Pensamos desde un punto de vista práctico la importancia del precepto, por ejemplo, para el devengo de intereses en caso de impago.

Otros apartados del art. 25 como la remisión al desarrollo reglamentario, ya contemplado en los diferentes epígrafes, así como el derecho de solicitar datos de los acreedores, no merecen especial detenimiento, al ser contemplados más adelante en la siguiente reforma legislativa, que precisó más el alcance de la obligación y a cuyos comentarios nos remitimos.

Simplemente y para finalizar, queremos destacar a modo de resumen, que aunque se trata de una norma derogada y superada por sucesivas reformas, sigue manteniendo una validez varias de las novedades por ella introducida, al haber sido revalidadas por las sucesivas reformas, como por ejemplo la naturaleza civil de la obligación. Sin embargo nuestra valoración desde un punto de vista del análisis jurídico no puede ser más negativo.

En efecto como hemos venido reiterando, la reforma se caracterizó por el deseo de blindar un proceso, para evitar los fracasos del pasado, cayendo en consecuencia en una normativa en exceso tuitiva para los intereses de los acreedores. Vemos como además de los posibles casos de inconstitucionalidad (art 25.7 de la LPI), se crea una obligación civil, cuyo precio (remuneración compensatoria) se fija mediante un Convenio, que nunca será posible, pues se exige la unanimidad de miles

de deudores, y que obliga a la intervención de un Mediador, que no es tal pues no media y resuelve, sino que se limita a liquidar cantidades individualizadas, que dicta una resolución administrativa que fija un contenido que sigue siendo de naturaleza civil. Realmente un auténtico artificio, farragoso, burocratizado, que obligó a una rápida reforma como a continuación veremos y que fue del todo punto ineficaz. Cuando un legislador no se deja llevar por el sentido común, y los criterios de sensatez jurídica puede dar lugar a estas situaciones.

-Disposición transitoria única

Una última novedad importante de esta ley, es el contenido de la Disposición Transitoria Única, que bajo el epígrafe de Remuneración Compensatoria, vuelve a incidir en lo que venimos reiterando, y es el carácter revanchista de esta normativa. Si a lo largo de lo visto y comentado en relación con la institución de la copia privada y la remuneración compensatoria, que establecía la ley 20/1992, insistíamos en ese carácter vindicativo en varios de sus apartados, en esta Disposición Transitoria Única, queda absoluta y de manera palmaria, la clara intención que tuvo la ley comentada de resarcirse de los resultados negativos de la ley de 1987.

En efecto la citada Disposición Transitoria disponía: *“La remuneración compensatoria prevista en el artículo 25 de la Ley de Propiedad Intelectual según la redacción que al mismo da el artículo primero de esta Ley y relativa a los periodos temporales que se indican a continuación se fijará y liquidará en los términos siguientes:*

- 1. Para el período que media entre el día 1 de julio de 1989 y el de entrada en vigor de esta Ley, de acuerdo con lo dispuesto en el citado artículo 25, según su redacción modificada, excepción hecha de lo establecidos en los números 4 y 5 de dicho precepto. Si en el plazo de tres meses, a contar*

desde la entrada en vigor de esta ley, los acreedores y deudores de dicha remuneración no hubieran llegado a un acuerdo sobre el importe de la misma imputable al periodo citado, se aplicará en la forma que reglamentariamente se establezca lo dispuesto en el número 6 del artículo 25 en su redacción modificada.

- 2. Para el periodo que media entre la entrada en vigor de la nueva redacción que esta Ley realiza al artículo 25 y la entrada en vigor de la disposición reglamentaria que lo desarrolle, por la aplicación íntegra de ambas normas”.*

De esta compleja redacción, lo que nos interesa destacar, es que todo el nuevo régimen de gestión de la remuneración compensatoria que establece la Ley 20/1992, tiene dos periodos de aplicación, derivado de la combinación de los dos apartados de la Disposición Transitoria Única: un primer periodo que va desde el 1 de julio de 1989 y al 15 de julio de 1992 (día siguiente a la publicación en el BOE de la Ley) y un segundo periodo que va desde el día 16 de julio hasta el 31 de diciembre de 1992.

Es decir que claramente se prevé en la norma la aplicación retroactiva de la misma, precisamente en el periodo correspondiente a aquel, que debió haber estado cubierto por los trabajos de la fallida Comisión Mixta, creada por el Real Decreto 287/1989. Es decir el legislador pretendió, y en parte logró como luego veremos, no renunciar a las cantidades que, según él y por supuesto los acreedores, consideraban que tenían derecho, y para ello establecieron todo un régimen transitorio que no era otra cosa que un régimen retroactivo. Es decir, como suponían blindado el procedimiento con arreglo al régimen previsto en la Ley de 1992, pretendieron aplicar el mismo al periodo de tiempo que debía haber estado cubierto por la Comisión Mixta.

No vamos a incidir más en lo afirmado hasta la fecha, sobre los criterios que influyeron en el legislador, si bien en este caso la situación de nuevo se llevó a un límite de inconstitucionalidad inadmisibile.

En efecto como dice EMILIO SUÑÉ ¹⁷ citando a De Castro quien nos ofrece la mejor definición de admirable sencillez, sobre la irretroactividad: “ *Irretroactividad significa que la ley se aplicará al futuro y no al pasado*”. Continúa el mismo autor citando a Villar Palasí ¹⁸ cuando indica que “ *retroactividad supone en el fondo una excepción al sistema general de entrada en vigor de las normas jurídicas, puesto que con ella se trata de conferir una eficacia anticipada las mismas, lo que acaba de dar a comprender que haya sido vista con recelo y que existieran grandes restricciones a su toma en consideración...*”.

Ya sabemos que nuestro ordenamiento jurídico se refiere a ella en el artículo 2.3 del Código Civil cuando establece: “ *Las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario*”. Todo ello nos lleva a considerar que la retroactividad es la excepción, por lo que no deja de llamar la atención, que en el caso que nos ocupa, se considerasen que concurrían condiciones especiales que justificasen dicha retroactividad.

La razón por la que hemos afirmado que además del carácter excepcional de la retroactividad, podría incluso plantear problemas de constitucionalidad, se basa en que en el fondo consideramos que se trataba de aplicar una misma ley a supuestos distintos. Una simple comparación entre la ley de 1987 y la 1992 nos hacen comprobar diferencias sustanciales. Tan sólo por poner un ejemplo y sin ánimo exhaustivo, en cuanto a los obligados al pago, en un caso se habla de comerciantes e importadores y en otro de deudores. Hubo muchos deudores del 1992 que no fueron convocados en 1987 y que tan siquiera tenían la condición de deudores.

¹⁷ SUÑÉ LLINÁS, E: “Teoría estructuralista del Derecho” (2006). Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de Madrid. Universidad Complutense. Madrid. Pág 254.

¹⁸ SUÑÉ LLINÁS, E: Op. cit.: “Teoría estructuralista del Derecho”. pag 255.

Por tanto si para el periodo anterior, la deuda tiene su causa en el artículo 25.1, no podrá aplicarse a su liquidación la nueva ley, en cuanto implique una modificación que extienda la carga de dicha deuda.

Todo ello unido a las claras dificultades que implicaba su aplicación, al tener que hacer frente las empresas a una deuda no prevista, y por tanto no provisionada, causó no poca perplejidad, confusión y preocupación en los deudores que veían dificultades insalvables para hacer frente a las graves consecuencias, que la aplicación de la Disposición que comentamos, suponía.

Creemos sinceramente que en el caso que nos ocupa y además de las razones expuestas, cabría preguntarse si la Administración no quiso actuar con un cierto carácter sancionador contra las empresas, por su comportamiento en 1989, en los trabajos de la Comisión Mixta. Si ello fue así, lamentablemente se cometió un abuso, pues se hubiera sancionado a empresas que, como indicábamos antes habían sido ajenas a ese proceso. Y si lo que se quería realmente era reparar un posible perjuicio de los titulares de derecho, en base a la existencia de un derecho adquirido desde el año 1987, cuando se publica la ley, habría que determinar si ese perjuicio era debido a los deudores, o más bien a los fallos del sistema de liquidación ideado por la propia Administración.

-Valoración final

Lógicamente un sistema como el que hemos descrito, más basado en no reconocer errores, sino en tratar de blindar procedimientos, regulando hasta el último detalle, con criterios excepcionales, que rayaban en la inconstitucionalidad de la norma, y basado en el criterio de hacer pagar “a aquellos que se escaparon de hacerlo en su momento”, solo podría traer unas dificultades y complejidades en la aplicación de las normas, que provocaron casi su total ineficacia como a continuación veremos.

2.3.2 Breve referencia a las consecuencias de la aplicación de la normativa.

Como en el período anterior vamos hacer una breve referencia a las consecuencias de la aplicación de esta normativa, incidiendo en aquellos aspectos de mayor relevancia jurídica, así como los acontecimientos, que influyeron en la futura normativa, que no tardó en ser publicada (titan sólo dos años más tarde), ante el negativo impacto que tuvo tanto en el mercado de equipos y materiales, como en los propios intereses de los acreedores.

El proceso se inició tal como preveía el Reglamento desarrollador de la ley, con la convocatoria de la Mesa de negociación para el día 15 de enero de 1993, en la sede del Ministerio de Cultura. En esta primera fase quizás lo más destacable fue el desconcierto que se generó en la masa de empresas deudoras.

Podría pensarse que la evacuación de los trámites de consulta previos a la aprobación y publicación de una norma, permitirían a los colectivos afectados estar preparados para la misma. No obstante no fue así. Por un lado existía un colectivo de empresas, que habían realizado importaciones de productos afectados por la normativa, pero para su autoconsumo y no para comercialización alguna. Sin embargo al aparecer en el censo de empresas importadoras de la Dirección General de Aduanas fueron emplazadas a la negociación. Flagrante fue el caso de Iberia Líneas Aéreas S.A, que importó cintas de casetes para las cajas negras y otras funciones de los aviones, y a la que se pretendía incluir en el censo de acreedores. No sin cierto sentido del humor, y parafraseando al Almirante Aznar con su famosa frase en el año 1931, cuando cae la monarquía y se produce el advenimiento de la República, uno de los participantes en la negociación, dijo: “Yo me acosté siendo una empresa importadora de fotocopias y me levanté siendo deudor de un tercero

privado en el BOE". Al margen de lo oportuno y anecdótico de la frase, no cabe duda que merecería una reflexión, que excede a los límites de este trabajo.

Por otro lado algunas empresas plenamente afectadas por la normativa, se habían preocupado de avanzar en los términos concretos de la negociación, más que en los aspectos formales de la misma

Por ejemplo, el sector de Reprografía, representado por ASIMELEC, en aquel momento Asociación Multisectorial de Empresas Españolas de Electrónica, había llegado a un acuerdo con el Centro Español de Derechos Reprográficos, CEDRO, a la sazón la Entidad de Gestión que representaba los intereses de los autores y editores de libros y obras asimiladas, que se instrumentó en un Protocolo firmado por ambas partes con fecha 14 de enero de 1993. Es decir justo un día antes de la fecha de la celebración de la reunión constitutiva de la Mesa de Negociación.

Deliberadamente se había forzado la negociación, precisamente, para evitar en gran parte toda la burocracia formal prevista en el Real Decreto 1334/1992. E ingenuamente se llegó a pensar que así sería, pues el acuerdo cumplía todo lo necesario, no sólo para que ambas partes se quedaran satisfechas, sino para cubrir todos los extremos previstos en la ley.

En efecto el citado Protocolo hacía referencia a los dos períodos previstos en la Disposición Transitoria Única, fijando tanto una cantidad total con asignación individual para las empresas firmantes, tanto para el periodo comprendido entre el 1 de julio de 1989 y 15 de julio de 1992, como el periodo comprendido entre el 16 de julio y el 31 de diciembre de 1992. Asimismo se contenía otros acuerdos, como la información a facilitar entre las partes, el ejercicio del derecho de verificación, etc... Hay que recordar que según datos de mercado las empresas representadas en aquel momento por ASIMELEC, representan más del 95% del mercado del mercado nacional de fotocopadoras.

Pues bien a pesar de ello, hay que indicar que estas empresas debieron de pasar todos los trámites: designación de representante mediante escritura pública de apoderamiento, asistencia a reuniones, aprobación de actas, etc... Todo ello para al final constatar que no había acuerdo por no existir unanimidad (ya vimos como siempre habría alguna empresa que no se adheriera al mismo), y para que una Resolución del Mediador se limitara prácticamente el 9 de julio de 1993 a reconocer, lo que ya se había firmado-y en parte ejecutado- en enero del mismo año.

El empeñamiento en defender un sistema complejo, y que desde su inicio estaba condenado al fracaso, debemos reconocer que nunca lo hemos entendido y nos es difícil justificarlo, ni por razones jurídicas ni por razones lógicas, ni tan siquiera por las posibles espurias razones de favorecer los intereses de cobrar unos honorarios, impuestos por el Reglamento a favor de determinadas personas: Presidente, Secretario de la Mesa de Negociación y Mediador. A pesar del detalle regulatorio para hacer efectivos esos honorarios, no podemos creer que ello fuera la causa de crear un artificio burocrático de tal naturaleza en un tema de esta transcendencia.

Pues bien la siguiente fase fue, una vez transcurrido el tiempo previsto el Real Decreto citado, proceder a la publicación de sendas Resoluciones, una para el bloque de reprografía que literalmente reproducía el Protocolo de ASIMEL EC y CEDRO, y otra para el bloque de video y audio. Al efecto de que pudieran adherirse aquellas empresas, que no hubieran podido o querido participar hasta esa fecha en el proceso de negociación.

Finalizado este trámite, y como era obvio, al no existir unanimidad, el Secretario de la Mesa remitió todas las actas y los acuerdos parciales al Mediador para que dictara su Resolución.

Tres fueron los procesos que se desarrollaron como consecuencia de la aplicación de la ley de 1992. Por un lado el que se desarrolló durante 1993 y que

alcanzó los dos periodos previstos en la Disposición Transitoria Única, a los que nos hemos referido anteriormente y que dio lugar a la Resolución de 7 de julio de 1993, elevada a escritura pública, según lo previsto en la ley, el 9 de julio del mismo año por el Mediador que la dictó D. Javier Perez Royo.

Por otro lado el segundo proceso se corresponde al año 1993 que fue objeto de Resolución mediadora con fecha 21 de julio de 1994, y elevada a escritura pública el mismo día, y otorgada por el Mediador designado para ese periodo, D. Jesus Olavarría Iglesia.

El tercero fue la Resolución del Mediador correspondiente al periodo 1 de enero a 31 de diciembre de 1994, que se aplicó ya estando vigente la reforma de la ley 43/1994.

De estas tres Resoluciones, ya superadas en el tiempo y cuyo contenido básico fue la imputación de cantidades, en un proceso que ya anteriormente calificamos de liquidación más que de mediación, lo único quizás relevante, sería analizar aquellos pronunciamientos de tipo jurídico que tienen una mayor enjundia, y que incluso influyeron en el futuro.

En este sentido hay que indicar, que nos centraremos en la Resolución de 1994, relativa al periodo de 1 de enero a 31 de diciembre de 1993, ya que la primera una vez justificado y explicitado el cumplimiento de las formalidades prevista en la norma se limita a imputar cantidad. Asimismo la Resolución de 1995 se limita también a la fijación de cantidad, máxime cuando se sabía que era un sistema a extinguir.

Sin embargo la Resolución comentada se refiere a otras cuestiones, que surgieron en el proceso negociado y sobre las que el Mediador consideró oportuno pronunciarse.

En concreto entre las cuestiones resueltas, y una vez que ya nos referimos en su momento al alcance de los acuerdos parciales, merece la pena referirse a tres

cuestiones: la copia lucrativa, los equipos vendidos a la Administración y por último el llamado “video doméstico”. Veremos brevemente cada una de estas cuestiones

El tema de la copia lucrativa, aunque resuelto a nuestro juicio de forma excesivamente breve por el Mediador, está planteando una cuestión de indudable enjundia jurídica, como es el de la compatibilidad de la copia privada con la copia licenciada. El Mediador se pronuncia en el sentido de la no compatibilidad de una y otra. En efecto no admitió la alegación de la Entidad de Gestión de que los aparatos, equipos y materiales destinados a la copia lucrativa, desde el momento en que son susceptibles de efectuar reproducciones de tipo lucrativo y no lucrativo, e incluso de material no protegido, quedan sujetos a la remuneración por copia privada.

La consecuencia, a juicio del Mediador sería, por ejemplo, que en los casos de las llamadas “copisterías”, las máquinas vendidas y/o cedidas en uso a éstas o a las importadas directamente por ellas para su utilización, no deberían ser objeto de la remuneración compensatoria en cuanto que con ellas se podría hacer copias para uso privado del copista y, además, puesto que se destinan a la explotación comercial propia de la “copistería”, deberían obtener la previa autorización de los titulares de los derechos, esto es, pagar la correspondiente “licencia”.

Se basa el Mediador para no admitir la argumentación de la correspondiente Entidad de Gestión en los artículos 17, 31.2 y 25 de la ley y en la definición que de copia lucrativa se da en el art. 10.1 del Real Decreto 1434/1992. Sin embargo no desarrolla la argumentación en exceso, al entender que los preceptos citados y reproducidos en algún caso, en la propia Resolución, son los suficientemente claros. Concluye su argumentación con esta cita literal, que resume su pensamiento al respecto: “*Quiere esto decir que, en opinión de este Mediador, las copias contempladas en los apartados a) y b) del art.10.1 del Real Decreto 1434/1992 no están amparadas por el artículo 31.2 de la LPI y, por tanto su realización sin la correspondiente autorización de los titulares de los derechos de autor, supone la lesión de estos derechos, pudiendo llegar incluso a constituir, si se dieran los requisitos del*

tipo, alguna de las infracciones penales previstas en los artículos 534 y siguientes del Código Penal”.

Oportunidad perdida para el Mediador de profundizar más en un tema de este calado. En su descargo debemos indicar que quizás la Resolución no permitía una mayor extensión, y al menos tuvo el mérito de dirimir con claridad una cuestión planteada, y por primera vez a favor de los intereses de los deudores, a diferencia de lo que había ocurrido hasta la fecha.

La segunda cuestión a la que no nos referiremos, en la valoración de las aportaciones de la Resolución comentada, es la relativa a los equipos vendidos y/o cedidos en uso a las Administraciones Públicas o importados directamente por ellas para su propia utilización. Se refiere el Mediador a una cuestión que ha sido constante y polémica en esta materia, y que ha llegado hasta nuestros días, cual es el tratamiento de las “compras públicas”. ¿Debe pagar la Administración la copia privada? A juicio del Mediador del año 1994 sí debe pagar, o dicho en otros términos, las compras públicas no están exentas de la copia privada y por tanto de la remuneración compensatoria.

Se argumentaba por un deudor que planteó la correspondiente alegación, que las copias realizadas por la Administración están amparadas en el artículo 31.1 de la LPI y que cuando los artículos 31.2 y 25 hablan de “reproducción, exclusivamente “para uso privado del copista”, se está utilizando el término “privado” como uso por sujetos de Derecho Privado, en contraste con el uso por sujetos de Derecho Público. Es decir que las Administraciones públicas no sólo no estarían sujetas, cuando realizan las reproducciones de obras a que se refiere el art 25 de la LPI, a la remuneración compensatoria por copia privada, sino que, además, tampoco necesitarían autorización del autor ya que estarían amparadas por el art. 31.1.

Desmonta el Mediador este planteamiento con tres argumentos: por un lado porque las Administraciones Públicas pueden realizar reproducciones y de hecho las

realizan, no sólo como consecuencia o para constancia en un procedimiento judicial o administrativo. En segundo lugar el art 31.1 cuando establece como uno de los límites del derecho de autor que “ *las obras ya divulgadas podrán reproducirse sin autorización del autor como consecuencia o para constancia de un procedimiento jurídico o administrativo*”, no distingue en absoluto qué tipo de sujeto, privado o público, realiza la reproducción. Y por último porque cuando el art 31.2 de la LPI, y por tanto, también el art. 25, utiliza el término uso privado, no puede interpretarse como uso por particulares frente a uso por personas públicas.

Es interesante reproducir los términos del Mediador en su posicionamiento doctrinal alineado con la doctrina francesa. En concreto cita al respecto: “En opinión de este Mediador, siguiendo a la doctrina española y extranjera, especialmente la francesa, hay que distinguir entre una reproducción para uso privado y otra para uso público, que incluye el uso lucrativo, pero no sólo este. En efecto por copia para uso público, como dice aquella doctrina debe entenderse aquella en que la multiplicación de la obra en copias tiene como destino natural su comercialización y distribución con fines económicos. Pero también cuando el autor hace una edición no venal para distribuir entre su familia, regalar a sus amigos y enviar gratuitamente a bibliotecas públicas. Una reproducción de esta clase requiere el consentimiento del autor, incluso cuando quien lo hace no pretende lucrarse ni ganar dinero, porque no se puede hacer caridad o regalos a costa de los intereses del autor”.

La tercera cuestión que dirige el Mediador, es la relativa a la problemática sobre el llamado “video domestico”. Aunque pudiera parecer una cuestión de poco alcance, y semejante a otras relativas a la naturaleza de los equipos y materiales sujetos, se trata de una materia sobre la que, incluso, ha tenido que pronunciarse el Tribunal Supremo y que merece al menos una cita breve.

La cuestión viene motivada por el planteamiento realizado por varios deudores en relación con las excepciones previstas en los artículos 15.2.c) y 15.2.d) del Real Decreto 1434/1992 que establecen: “ *Se exceptúan de la obligación de*

remuneración compensatoria:

(....)

- c) Los equipos o aparatos de grabación audiovisual: 1º Que utilicen cintas de paso igual o superior a 12,7 milímetros o media pulgada”*
- d) Los soportes utilizables para fijación de obras y de grabaciones audiovisuales que consistan en:*

1º Cintas de paso igual o superior a 12,7 milímetros o media pulgada”.

La cuestión era que se detectó en el mercado que la casi totalidad de las cintas de audio y video, eran de “paso equivalente a media pulgada” lo que llevaría a que, la casi totalidad de las conocidas como cintas de casete y de video no tuvieran que pagar.

El tema tenía una transcendencia económica importante, pues como se comprobó posteriormente, estos soportes eran los que mayor contribución hacían en términos económicos, al montante total de la recaudación de las Entidades de Gestión. Que tales productos pudieran quedar exentos podía suponer por tanto, una importante merma recaudatoria.

Fueron muchos los estudios técnicos que se bajaron, e incluso se aportó la patente internacional, de las cintas de casete y del estándar “VHS” de las cintas de video, y en efecto el tamaño que figuraba era el de media pulgada.

Lo cierto es que el Mediador, a pesar de la claridad de la norma que incluso obligó a una reforma de la misma, consideró que debía primar el criterio del legislador, que no era otro que el llamado video doméstico, estuviera afectado por la copia privada, no exceptuado y por tanto sometido a la remuneración compensatoria.

A nuestro juicio, el Mediador comete el error de imponer una interpretación que considera acorde con los criterios del art. 3.1 del Código Civil, pero que contradice la literalidad de la norma.

Hace primar una interpretación teleológica sobre una interpretación literal. No es menos cierto que el legislador no quiso excluir a la casi totalidad de las cintas de casete de audio y video, pero no es más cierto que cometió un error técnico al hacer referencia como criterio de medida a un ancho de paso, “igual o superior a media pulgada” pues sólo las cintas profesionales (que eran las que quería excluir) son de paso superior a media pulgada. Es decir incluyó la palabra “igual” y ese fue su gran error, cuyas consecuencias se tenían que haber aceptado y que el Mediador, a pesar de los datos técnicos que se le aportaron, omitió.

Tanto es así que el gobierno se vio obligado a publicar el Real Decreto 325/1994 de 25 de febrero por el que se modifica el artículo 15.2 del Real Decreto 1434/1992 de 27 de noviembre de desarrollo de los artículos 24, 25 y 140 de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual, en la versión dada a los mismos por la ley 20/1992 de 7 de julio.

Esta norma viene a cambiar el redactado del art 15 del Real Decreto 1434/1992, limitándose prácticamente a eliminar la palabra “igual” cuando se refiere a un ancho de paso de media pulgada o 12,7 milímetros, al efecto de evitar que tales equipos y materiales queden exceptuados. Así lo dice explícitamente la Exposición de Motivos de esta norma cuando indica: *“La experiencia acumulada en el proceso de determinación del montante global de la remuneración compensatoria por copia privada correspondiente al periodo mencionado en la disposición transitoria de la Ley 20/1992, así como al segundo semestre de 1992, ha permitido comprobar que las cintas de paso igual a 12,7 milímetros o media pulgada y los equipos o aparatos de grabación adecuados a las mismas son los que se utilizan como soporte y equipo, respectivamente, para la reproducción privada de obras y grabaciones audiovisuales.*

Sin embargo, según los preceptos citados, tales soportes y equipos quedarían exentos de la remuneración compensatoria.” La declaración no puede ser más clara, se dicta una norma, porque por aplicación de la anterior, los equipos y soportes indicados quedarían exentos.

Lo más llamativo es que este Real Decreto que el gobierno dictó, para por un lado enmendar un error, y por otro evitar una conflictividad judicial inminente, estaba publicado en las fechas en las que el Mediador emitió su Resolución, haciendo caso omiso a la misma, basándose en el carácter no vinculante de las Exposiciones de Motivos.

En este sentido hay que indicar que para el grupo de empresas, no más de cinco, que decidieron continuar por vía judicial la reclamación de las cantidades indebidamente pagadas, han visto recompensada su pretensión en recientes sentencias del Tribunal Supremo, quien ha fallado en su favor obligando a las Entidades de Gestión a devolver las cantidades indebidamente ingresadas.

No podemos finalizar esta referencia a las consecuencias de la aplicación de esta ley, sin hacer una referencia siquiera breve a las consecuencias para el mercado.

En efecto una de las consecuencias positivas de la aplicación de la norma comentada, fue para las Entidades de Gestión, que vieron colmado su interés recaudatorio, e incluso de manera retroactiva. Sin embargo se produjo un grave perjuicio para las empresas deudoras, derivado no ya de la obligación de pago y de las cantidades a satisfacer, sino de un fenómeno que ha sido a partir de esa fecha una constante negativa en esta materia. Nos referimos al fraude en mercado, producido por aquellas empresas que no satisfacían el importe de la remuneración, escapando al control de las entidades de gestión, y compitiendo deslealmente con unos precios más bajos, derivados del incumplimiento de la ley.

Hay que tener en cuenta y recordar lo dicho en cuanto a la naturaleza jurídica

de la institución que analizamos, para darnos cuenta que en la persecución de este incumplimiento sólo tiene legitimación las Entidades de Gestión. Ello es así pues nos encontramos ante una obligación civil y tan sólo los acreedores pueden reclamar la deuda. Por tanto no cabe la posibilidad, a diferencia por ejemplo de figuras fiscales de intervención de la autoridad pública, sino tan sólo una demanda en aquel momento ejecutiva, respecto a las cantidades indicadas en las Resoluciones del Mediador, o bien una demanda declarativa en el caso de no haber sido detectado en su momento.

Lo cierto es que se generó una enorme picaresca, con el cierre de muchas empresas que podríamos llamar censadas y cuyas deudas eran de muy difícil cobro, así como la aparición de otras nuevas que claramente eludían el pago. Se llegó a detectar empresas que realizaban conjuntamente fraude de la remuneración compensatoria y al mismo tiempo de IVA, lo que le daba un enorme diferencial de precio en el mercado, y cuya vida societaria no superaba los seis meses, para dificultar su localización, siendo canal de fraude.

La dificultad en la persecución legal de estas empresas así como, por qué no decirlo, el no excesivo celo de algunas Entidades de Gestión, que se daban por satisfechas con el montante obtenido de las empresas que operaban legalmente, provocó que la bolsa de fraude llegara hasta el 50% del mercado de cintas de casetes y de video, lo que sin duda contribuyó a plantear al menos, la necesidad de reformar la norma para evitar las distorsiones que se estaban produciendo.

2.4 LEY 43/1994, DE 30 DE DICIEMBRE, DE INCORPORACIÓN AL DERECHO ESPAÑOL DE LA DIRECTIVA 92/100/CEE, DE 19 DE NOVIEMBRE DE 1992, SOBRE DERECHOS DE ALQUILER Y PRÉSTAMO Y OTROS DERECHOS AFINES A LOS DERECHOS DE AUTOR EN EL ÁMBITO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL.

Esta Ley supone una tercera fase en la evolución histórica de la normativa que ha regulado y regula en nuestro país la institución de la copia privada y de la remuneración compensatoria, y supuso un cambio muy importante en relación con la anterior normativa que acabamos de comentar.

Hemos venido apuntando en el apartado anterior los errores, a nuestro juicio evidentes, que cometió el legislador, sin duda motivados por las circunstancias del pasado, pero errores al fin y al cabo. Puede darse el caso que a pesar de una mala norma, la praxis jurídica puede producir, pese a todo, un adecuado resultado; sin embargo en el caso que nos ocupa las distorsiones fueron tantas y los problemas generados tan importantes que fue necesario un pronto cambio normativo.

Cuando antes hemos aludido al problema del fraude, lo hemos hecho en una sola vertiente y era la relativa a la competencia desleal que sufrían los deudores. No obstante no hay que olvidar que también los acreedores sufrían las consecuencias del fraude, en términos de cantidades dejadas de recaudar de aquellos deudores que no pagaban.

El volumen del fraude llegó a tener tal nivel, y los mecanismos de defraudación tan casi institucionalizados, que unido a lo farragoso, complejo, e insostenible procedimiento de determinación de deuda, obligó al cambio normativo que ahora comentamos.

Ello es sin duda, lo que justificó que se aprovechara un hecho que no tenía nada que ver con la remuneración compensatoria, como era la incorporación de una Directiva sobre el derecho de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor, para “colar” en una disposición adicional, en concreto la segunda, toda una amplia regulación de la institución comentada, que modificó de manera sustancial el artículo 25 de la anterior LPI. Y ello es sin duda también, por lo que no encontramos en toda la Exposición de Motivos, una sola referencia a las razones que justifican la necesaria reforma. Quizás el legislador no quiso asumir y reconocer los

defectos de la anterior normativa, que obligó en un periodo especialmente corto, casi dos años después, a su modificación. La regulación se completa con la oportuna disposición transitoria y derogatoria a las que luego haremos referencia.

Con independencia del análisis que realizaremos a continuación, sobre todo en su principal novedad, como es el sistema de pago cuyas líneas generales han estado vigente hasta hace poco, debemos destacar que la reforma no afecta para nada a la institución de la copia privada, permaneciendo inalterado el artículo 31 de la ley, siendo el art. 25 relativo a la remuneración el objeto de la reforma. Veamos a continuación las principales novedades de la ley.

2.4.1. Principales novedades de la ley

Curiosamente una de las principales novedades hay que buscarla en la Disposición Derogatoria Única de la Ley, cuando entre otros preceptos y unido a la fórmula general derogatoria, establece que quedan derogados los capítulos II y III del Título II del Real Decreto 1434/1992 de 27 de noviembre. Recordemos que esos capítulos hacían referencia a toda la normativa de la Mesa de Negociación y de Mediador y su Resolución sustitutoria. Por fin se abandonaba un proceso farragoso, complejo, y absolutamente ineficaz. Se sustituyó por otro más cercano a la técnica tributaria, y preocupado por el control del mercado que evitara el fraude. Esto motivó de nuevo una amplia normativa, en el deseo de precisar hasta el último detalle, también derivado de la negativa experiencia de la etapa anterior. Veremos a continuación las principales novedades que la nueva ley introduce y que podemos agruparlas en los siguientes epígrafes:

-Remuneración Equitativa, única e irrenunciable: (Apartado 1)

En efecto el apartado 1 del nuevo art 25 reproduce casi literalmente, el texto de

la versión anterior de la ley, introduciendo tan sólo dos novedades: por un lado reconoce que la copia privada originará “una remuneración *equitativa y única* por cada una de las tres modalidades de reproducción mencionadas...”, y por otro lado en el apartado 1 in fine del reiterado artículo establece que: “*Este derecho será irrenunciable para los autores y los artistas, intérpretes o ejecutantes*”. Veamos con algún detalle el alcance y transcendencia de estas novedades.

En primer lugar se dice que la remuneración debe ser equitativa. El legislador ha tardado siete años, en reconocer la necesidad de la equidad entre las prestaciones de los sujetos de una obligación. El Diccionario¹⁹ define equidad como “Cualidad de un trato en que ninguna de las partes sale injustamente mejorada en perjuicio de otra”.

En el apartado relativo a la naturaleza jurídica, haremos referencia al importante cambio que ha supuesto que en lugar de remuneración compensatoria, se hablase de “fair compensation”-en términos de la Directiva- o de compensación equitativa- en términos de la última versión de la LPI.

Por tanto, es satisfactorio que el legislador del año 1994 acogiera esa naturaleza de la remuneración, que no era otra cosa que reconocer la necesidad que existiera un equilibrio, entre las prestaciones de la obligación, y que una parte no saliera beneficiado en detrimento de la otra. Es decir que en el ánimo de compensar un daño, no se produjera un auténtico enriquecimiento injusto para una de las partes.

Sin embargo, una vez más y como viene siendo una constante en el legislador en esta materia, este no fue consecuente, incurriendo en claras contradicciones, como por ejemplo mantener el término *idóneo* para referirse a los equipos afectados por la remuneración. Es evidente, que establecer la obligación de pago por un equipo o aparato por su sola idoneidad o capacidad de copia, con independencia de que copie o no, y que por tanto cause o no, un perjuicio en términos de derechos dejados de

¹⁹ MOLINER, M. (2000): “Diccionario de uso del español”. Madrid. Gredos. Pag. 556

percibir, no tiene nada que ver con la equidad, al menos en la vieja formulación de Aristóteles en el libro V de su Ética que sigue estando vigente, cuando dice que: “lo equitativo es una corrección de la justicia legal”²⁰

La segunda característica de la remuneración, que como novedad cita la ley, es que la misma deberá ser “*única por cada una de las modalidades de reproducción mencionadas*”. Esta calificación, viene a paliar un problema que estaban surgiendo en la gestión de la institución que comentamos, motivado por dos circunstancias: por un lado la existencia de siete Entidades de Gestión, dos por el bloque llamado de libros, y cinco por el bloque de fonogramas y videogramas, que daba lugar a no pocos problemas de pura gestión administrativa, tanto en el pago, como en el cumplimiento de ciertas obligaciones accesorias como el derecho de verificación que luego veremos en detalle. Por otro lado, la aparición ya en aquel momento de ciertos productos, que podríamos llamar híbridos, o multifuncionales cuyo ámbito de afectación podía ser relativo a varias Entidades, provocaba no pocos problemas.

Por tanto con la declaración de la unicidad de la remuneración, se dejaba bien claro que la remuneración era única, y que generaba un solo importe y un solo pago por el bloque correspondiente, la posterior distribución de la misma y la gestión de derechos accesorios era una cuestión ajena al deudor, que tendría que resolverse de acuerdo con las reglas establecidas en la ley.

Por último, añade el precepto comentado, la “irrenunciabilidad” de la remuneración por parte de sus titulares. No cabe duda que esta declaración, había que engazarla con todo lo dicho al tratar de la naturaleza jurídica de la institución, cuando afirmamos que a algunos titulares se le había expropiado un derecho de explotación de la obra, que no deseaban, pues no deseaban dar una licencia general de copia, sobre sus creaciones, ni tan siquiera con los límites que la propia ley establecía.

²⁰ NIETO, A, (2000): “El arbitrio judicial” Barcelona. Ariel. Pagina 232.

Pues bien una primera manifestación de lo que indicábamos en su momento, cuando decíamos que se quería elevar el derecho de copia privada, casi a la categoría de derecho fundamental, amparado en el derecho de acceso a la cultura, se reconoce en este precepto. En efecto se trata de evitar que basándose en la renuncia a la remuneración de algún titular, se pudiera cuestionar el derecho que le sirve de base a su existencia. Se trató de parar en aquella época, una corriente que estaba surgiendo en algún sector de los titulares de derecho de autor, de renunciar a la remuneración, para seguir manteniendo un control de su obra, evitando licencias generales y mantener la titularidad absoluta, dependiendo de su exclusiva voluntad, el otorgamiento o no de licencia, es decir la facultad de copia.

Cabe cuestionarnos, si a pesar de no poder renunciar a la remuneración compensatoria, sería posible que los titulares de derecho pudieran optar por evitar la copia privada de sus obras. Lamentablemente debemos llegar a la conclusión de que ello no es posible. En efecto la estructura legal montada, establece a la copia privada como un límite en el art. 31.2 de la LPI, que a nuestro juicio, genera una facultad en el usuario, que se aprovecha de ese límite con los requisitos legales. Límite que se impone al titular por imperativo legal, esté o no a favor del mismo, por tanto no cabe renuncia alguna.

Dado que la remuneración compensatoria, es una consecuencia de la obligación de reparar el daño causado por la copia privada, cabría pensarse que es renunciable, pues aunque no es muy frecuente, que el que sufre un daño renuncie graciamente al resarcimiento del mismo, no cabe duda que está en el esfera de sus facultades personales, el ejercer tal renuncia, si esa es su voluntad. Sin embargo la ley, con la declaración que hemos visto, impide el ejercicio de tal renuncia.

Por tanto el titular, no puede alterar o evitar el sistema de copia privada. A pesar de un posible deseo de altruismo, con la difusión y copia de su obra, no puede renunciar a la concesión de una licencia general de copia, y a la compensación

económica que la misma supone. Es evidente que de nuevo, el deseo de blindar una institución, y su eficacia recaudatoria, es lo que ha inspirado al legislador a una medida de esta naturaleza, que incluso puede ir en contra de la voluntad y el deseo de aquellos a los que intenta favorecer. Lo peor de esto, es que tal impedimento a la renuncia del derecho a la remuneración compensatoria, se disfraza en el respeto del libre acceso a la cultura. Si bien la compensación de daño, que genera la obligación de pago, recae no en quien accede a la cultura, sino en quien pone el medio para el acceso. En este sentido se manifiesta SERRANO GOMEZ calificando de “debilitamiento de la posición jurídica de los creadores”²¹

-Nuevos sujetos de la obligación (Apartados 4, 7, 8, y 10)

Mantiene la Ley en el nuevo apartado 4 de la misma la definición de deudores y acreedores, que había establecido en la anterior versión normativa. Sin embargo introduce un párrafo de especial trascendencia que motiva la necesidad de un mayor desarrollo normativo en otros apartados del artículo 25. En concreto el párrafo referido

²¹ SERRANO GOMEZ, E: (2001): “El Derecho de remuneración compensatoria por copia privada” en Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo general del Poder Judicial. Madrid. Pag.85.: “la propiedad intelectual supone para su titular un monopolio o exclusividad de explotación que se traduce en la facultad para controlar todas las actividades de uso y utilización que sobre su obra puedan tener lugar. Sin embargo, nuestro legislador ha estimado oportuno que, en determinadas circunstancias, terceras personas puedan gozar de la obra ajena sin necesidad de recabar la autorización pertinente del titular de los derechos. Por ello, no es posible asimilar la propiedad intelectual a un señorío absoluto de su titular sobre la obra, sino que aquella se ve afectada por ciertas limitaciones que los autores necesariamente han de soportar. Esta posibilidad de utilización de obras intelectuales habilita a determinados sujetos, que se cumplan con los requisitos exigidos por la Ley, para usarlas libremente sin que pueda considerarse que están cometiendo una violación de los derechos de autor. Se produce, por tanto, un debilitamiento de la posición jurídica de los creadores intelectuales sobre su obra que se pretende justificar acudiendo a razones de índole político-sociales, como son la necesidad de promover y potenciar la investigación y facilitar el acceso de los ciudadanos a la cultura”

dice: “Los distribuidores, mayoristas y minoristas, sucesivos adquirentes de los mencionados equipos, aparatos y materiales, responderán del pago de la remuneración solidariamente con los deudores que se los hubieren suministrado, salvo que acrediten haber satisfecho efectivamente a éstos la remuneración y sin perjuicio de lo que se dispone en los apartados 13, 14 y 19 del presente artículo”.

Cabría preguntarnos el por qué del establecimiento por el legislador, de este principio de responsabilidad solidaria, a los diferentes agentes de la cadena comercial que se cita en el precepto transcrito.

La razón hay que buscarla en el fenómeno que comentamos anteriormente, de la enorme bolsa de fraude que se había generado, y que provocaba enormes pérdidas a los deudores, que sufrían una implacable competencia desleal, y asimismo a los acreedores que veían mermadas sus expectativas recaudatorias. Pues bien entre los numerosos mecanismos, que proliferaron para generar fraude, evitando el pago, se encontraba la interposición de testaferros o intermediarios que incumplían la ley, y que desaparecían del mercado con una rapidez inusitada, que impedía su persecución.

El proceso era sencillo, imagine mos una empresa comercializadora, por ejemplo mayorista, bien conocida, con prestigio en el mercado y ya consolidada, que hasta la fecha venía, o bien importando directamente, o bien adquiriendo material a empresas fabricantes o importadoras. Esta empresa pagaba directamente el canon cuando importaba, o en bien era su proveedor quien lo pagaba, en el caso de adquisición para posterior reventa. En este último supuesto el proveedor podía repercutírselo o no, pero en ningún caso ese mayorista u otra empresa en su posición, era deudor de las entidades de gestión, ni tenía obligación alguna al respecto, pues según la definición de deudor de la ley no era fabricante ni adquirente intracomunitario.

Pues bien, basado en esta situación, proliferaron las empresas defraudadoras, que importaban equipos o materiales, lo vendían al canal comercial, no pagaban el canon, y frecuentemente tampoco el IVA, y en seis meses desaparecían. Cuando la

entidad de gestión, detectaba la presencia en el mercado de equipos o materiales, que no habían pagado el canon, al reclamar el mismo la empresa comercializadora-mayorista, minorista, et c...- justificaba no ser el fabricante ni importador, liberándose totalmente de responsabilidad alguna, y descargando la responsabilidad en un tercero que había desaparecido del mercado.

Este mecanismo que así descrito puede parecer un fenómeno aislado, llegó a convertirse, en algo habitual y provocó que la bolsa de fraude en, por ejemplo las cintas de video "VHS", alcanzase el 50% del mercado total de cintas en España. Dicho en otros términos, de cada dos cintas VHS que se comercializaba, una de ellas era ilegal al no pagar canon, y en la mayoría de los casos, tampoco el IVA. El daño al mercado fue tan grande en un producto de esta naturaleza, de amplio consumo, tan sensible al precio que, algunas empresas que operaban dentro de la legalidad, vieron mermados de manera espectacular sus ingresos, y otras incluso quebraron y/o abandonaron el mercado español.

Era evidente, que el mecanismo creado en 1992 producía efectos distorsionadores, y para paliarlo se estableció este principio de responsabilidad solidaria entre todos los agentes del mercado.

No cabe duda, que fue una excelente solución práctica, no sólo por la eficacia de los resultados, que anticipamos fueron buenos, y sin hacer desaparecer totalmente el fraude, ayudó a paliarlo en un amplio porcentaje, sino porque la normativa no se limitó a establecer el principio genérico de solidaridad, sino que incorporó algunas medidas propias del régimen general establecido en Código Civil art. 1137 y siguientes, adaptándolas al nuevo régimen, no sólo en cuanto a la obligación de pago sino también en cuanto a las obligaciones accesorias (declaración, verificación, etc...) como luego veremos.

La solidaridad de las obligaciones entendidas como aquellas en las que, aunque sólo hay que cumplir una vez, cada acreedor tiene derecho a toda la

prestación y cada deudor la debe totalmente²², como decimos, es una buena solución práctica, que en su día fue unánimemente aplaudida, por todos los agentes salvo, lógicamente, por los defraudadores. No obstante, desde un estricto punto de vista jurídico, lo cierto es que atribuye las mismas obligaciones de deudor a quien no lo es. La ley es taxativa en la definición de deudor en el texto del año 1992, reproducido literalmente en la versión de la ley que comentamos, sin embargo a determinados agentes, los constituye claramente en deudores solidarios. La solidaridad de las obligaciones surge entre agentes que ocupan una posición-deudor- frente al acreedor, hablándose en estos casos de solidaridad pasiva, frente a la solidaridad activa o de los acreedores y la mixta o combinación de las dos.

Sin embargo, aquí se establecen obligaciones solidarias, a entidades que ocupan diferente posición en la obligación. Como veremos posteriormente, hay obligaciones accesorias de la principal de pago, como la recepción de facturas, autoliquidación, etc... que los distribuidores, mayoristas, etc..., actúan en defecto del deudor, consecuentemente con el hecho que ellos no son deudores. En realidad lo que creó la LPI en su versión de 1994, fue una cierta subsidiariedad en el pago y en todas las obligaciones accesorias, creando un deudor principal, que se guía siendo el fabricante, importador o adquirente intracomunitario, y un deudor subsidiario que eran los distribuidores, mayoristas, etc....

Lo que ocurre es que en lugar de establecer una prelación en el pago, y demás obligaciones accesorias, estableció la solidaridad, sin duda por su mayor eficacia jurídica. A pesar de que desde un rigor jurídico, podía introducirse alguna crítica, al sistema adoptado, no cabe duda que, en este caso, era necesario aplaudir la búsqueda de la eficacia, y el deseo de paliar los problemas que se habían generado para todos los implicados en este proceso.

²² O'Callaghan, X. (2008): "Compendio de Derecho Civil". Tomo II "Derecho de Obligaciones". Madrid. Ediciones Jurídicas DIJUSA. Pag.92.

Como indicábamos anteriormente esta sociedad era sólo pasiva, y no operaba en el caso de los acreedores, que seguían manteniendo un régimen semejante al anterior con alguna novedad.

En efecto el apartado 7 del reiterado art 25 de la LPI establecía: *“El derecho de remuneración a que se refiere al apartado 1 del presente artículo se hará efectivo a través de las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual”*. Hasta aquí nada nuevo. Lo que sí constituye novedad es lo dispuesto en el apartado 8, cuando prevé la actuación conjunta de las Entidades de Gestión, reconociendo, como ya lo hacía en la versión de la ley anterior, la posibilidad de constituir una persona jurídica, pero además la posibilidad de *“actuar frente a los deudores en todo lo relativo a la percepción del derecho en juicio y fuera de él, conjuntamente y bajo una sola representación, siendo de aplicación a las relaciones entre dichas entidades las normas que rigen la comunidad de bienes...”*.

Es decir la ley da una facultad a las entidades, más operativa y flexible que la constitución de una nueva entidad jurídica, y es la de constituir una comunidad de bienes, remitiéndose a las normas que regulan la misma, artículos 392 a 406 del Código Civil. Esta figura era, sin duda, más manejable y menos comprometida, en cuanto a la independencia jurídica de las posibles entidades partícipes. Lo cierto es, que por el colectivo de deudores se había reivindicado en alguna ocasión, lo que se podía denominar “principio de gestión única”, por los problemas burocráticos y operativos que suponía la convivencia de siete entidades de gestión. Nunca fue posible tal gestión única, pero no cabe duda que la fórmula de la comunidad de bienes, planteada por ley, suponía un avance en esa línea que fue aprovechado para la adecuada coordinación, al menos, en el ejercicio de las acciones judiciales.

Llegados a este punto, creo que es conveniente, analizar el criterio de representación de los titulares de derecho de autor, que necesariamente y por imperativo legal, como hemos visto debe ser ejercido a través de las entidades de gestión.

Existen en nuestro Derecho muchos ejemplos de representación legal. Así el del padre en nombre del hijo, el tutor en nombre del menor o el loco, los Síndicos en representación de la masa de la quiebra, et c. etc. En el caso que contemplamos hemos de repetir lo ya comentado, y es que parece que la representación de los autores la ostentan las Entidades de Gestión, conforme al apartado b) del nº 4 del artículo 25, que establece que son acreedores de las obras explotadas públicamente, en alguna de las formas mencionadas en el apartado 1 de dicho artículo, juntamente en sus respectivos casos y modalidades de reproducción con los editores, los productores de fonogramas y videogramas y los artistas, intérpretes o ejecutantes cuyas actuaciones hayan sido fijadas en dichos fonogramas y videogramas, añadiendo en su nº 7 que el derecho de remuneración que tienen los acreedores se hará efectivo a través de las Entidades de Gestión de los derechos de propiedad intelectual.

De conformidad con los preceptos señalados, parece que las Entidades de Gestión, son representantes necesarios y legales, ya que en los mismos se otorga el derecho de la remuneración a los autores y la gestión de este derecho a las Sociedades de Gestión.

Pero aquí nos encontramos con los artículos 138, 139 y 140 de la Ley de Propiedad Intelectual, que por su importancia a efectos interpretativos, del apartado b) del nº 4 y del nº 7 del artículo 25, transcribimos:

Artículo 138:1. La gestión de los derechos será encomendada por sus titulares a la Entidad mediante contrato, cuya duración no podrá ser superior a cinco años, indefinidamente renovables, ni podrá imponer como obligatoria la gestión de todas las modalidades de explotación ni la de la totalidad de la obra o producción futura.

- 2. Las entidades deberán establecer en sus Estatutos las adecuadas disposiciones para asegurar una gestión libre de influencias de los usuarios de su repertorio y para evitar una injusta utilización preferencial de sus*

obras”.

Artículo 139“1. El reparto de los derechos recaudados se efectuará equitativamente entre los titulares de las obras o producciones utilizadas, con arreglo a un sistema predeterminado en los Estatutos y que excluya la arbitrariedad.

3. Las Entidades de gestión deberán reservar a los titulares una participación en los derechos recaudados proporcional a la utilización de sus obras”

Artículo 140: “Las Entidades de gestión deberán promover actividades o servicios de carácter asistencial en beneficio de sus socios, bien por sí, bien a través de Entidades sin ánimo de lucro constituidas o que puedan constituirse al efecto.

Igualmente, deberán dedicar a actividades de formación y promoción de autores, artistas, ejecutantes e intérpretes noveles un porcentaje de la remuneración a que se refiere el artículo 25, que se determinará reglamentariamente”.

De lo transcrito se infiere que a pesar del tenor literal del apartado b) del nº 4 del artículo 25, y de lo dispuesto en el nº 7 del mismo precepto, parece que en realidad los acreedores son las Entidades de Gestión, ya que les confiere un auténtico derecho subjetivo. Ellas cobran la cuota que corresponde, con independencia del número de autores que sean socios de las mismas, es decir, resulta que no perciben las cantidades que han de cobrar, porque éstas corresponden a sus representados, y dichas cantidades aumentan o disminuyen conforme aumenten o disminuyan los socios que tiene, sino que vienen a cobrar una cantidad fija, independientemente de que se corresponda con la suma de las que pertenecen a sus socios.

Pero es más. Resulta que no tienen que entregar a sus socios la totalidad de lo que a éstos pertenece, deducido un premio o comisión por la gestión, como habría de ser, si no fueren más que meros representantes de sus socios a efectos de cobro, sino que se limita a reservarles una participación en los derechos recaudados,

proporcional a la utilización de las obras, pero que no se corresponde con las que le pertenece, ya que han de guardar una parte que por fuerza ha de ser importante, debido a las otras funciones que desempeñan las Entidades de Gestión, como son las de promover actividades o servicios de carácter asistencial en beneficio de sus socios, y la de dedicar un porcentaje de la remuneración a actividades de formación y promoción de autores, artistas, ejecutantes, e intérpretes noveles.

Por tanto, las Entidades de Gestión parece que, aunque se diga en la Ley, no son los representantes de los acreedores a efectos del cobro de su remuneración, sino que los acreedores vienen a ser ellos directamente, que guardan para sí a fin de dedicarla a las actividades dichas, quieranlo o no los autores, editores, etc. una parte de la remuneración que a éstos corresponde. Con un agravante, que tiene que ver con la inconstitucionalidad de la norma, de la que hablaremos más adelante, y es que se asocia uno a la Entidad de Gestión o no puede ejercitar sus derechos.

Por ello, y en principio, podemos concluir diciendo que, en nuestra opinión, la representación de los autores, editores, artistas, intérpretes, etc., que ostentan las Entidades de Gestión, en virtud de lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley de Propiedad Intelectual, a parece al menos confusa, y que lo dispuesto en el referido artículo 25 entra en colisión con las normas generales de mandato, recogido en el Código Civil y en el Código de Comercio.²³

Pasaremos ahora a estudiar la constitucionalidad de la adscripción obligatoria para poder ejercitar sus derechos, de los autores, editores y artistas a las Entidades de Gestión.

²³ AITOR ECHEBARRIA, A: Op. cit. Pag. 151. “Sencillamente, cada vez que una directiva comunitaria ha dado la opción por permitir la gestión colectiva obligatoria o la gestión colectiva voluntaria, nuestra Ley ha impuesto la obligatoria.”

Como hemos visto en el apartado anterior al tratar el apartado b) del nº 4 y el nº 7 del artículo 25, aparece, en primer lugar, que los acreedores son los autores de las obras explotadas, junto con los editores, productores y artistas, pero les obliga a ejercitar el derecho que tienen a percibir la remuneración a través de las Entidades de Gestión. Es decir, por imperativo del artículo 25 de la Ley de Propiedad Intelectual se les obliga a pertenecer, a asociarse en dichas entidades de gestión para poder cobrar sus derechos de autor. Y les obliga a ello por cuanto el nº 7 de dicho artículo no deja lugar a dudas. “Se *hará efectivo*”, dice. El carácter imperativo del precepto no permite otra salida. O se cobra a través de las entidades de gestión, o no se cobra, lo que de forma indirecta obliga a pertenecer a estas entidades de gestión, pues condiciona el ejercicio de su derecho a la pertenencia a estas entidades, lo que, a nuestro entender, puede ser inconstitucional por infringir el artículo 22.1 de la Constitución, que reconoce no sólo el derecho a asociarse, sino la falta negativa de este derecho, que es el derecho a no asociarse.

En este sentido, es esclarecedor el Fundamento de Derecho 19 de la sentencia del Tribunal Constitucional 5/1981, de 13 de Febrero, en el que, resolviendo el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley de 19 de Junio de 1980, por la que se regula el Estatuto de Centros Escolares, trata en este Fundamento de la obligación que dicha Ley impone a los padres de los alumnos, de asociarse para ejercer el derecho fundamental que establece el artículo 27.7 de la Constitución, estableciendo, al respecto, lo siguiente:

“19. Ahora bien el artículo 18.1 no se limita a señalar que la intervención formulada en el artículo 27.7 de la Constitución se ha de realizar en los órganos colegiados de gobierno del centro, sino que añade innecesariamente una exigencia más. El citado precepto de la Ley Orgánica 5/1980 establece imperativamente (“existirá”) la necesidad de que en cada centro haya una asociación de padres de alumnos “a través de la que ejercerán su participación en los órganos colegiados”. Es cierto que la Ley no impone expresamente a los padres el deber de asociarse, pero también lo es que condiciona el ejercicio del derecho fundamental del artículo 27.7 de

la Constitución a la pertenencia de dicha asociación (“... a través de la que ejercerán...”).

¿Hasta qué punto es constitucional exigir el cauce asociativo? Como afirman los recurrentes y sostiene unánimemente la doctrina y abundantes sentencias de Tribunales Constitucionales como el alemán (sentencia de 18 de Diciembre de 1974) y el italiano (sentencia nº 69/1962, de 7 de Junio), el derecho de asociación, reconocido por nuestra Constitución en su artículo 22.1, comprende no sólo en su forma positiva el derecho de asociarse, sino también, en su faceta negativa, el derecho de no asociarse.

Es cierto, además, que el derecho de participación reconocido por la Constitución en el artículo 27.7 está formulado sin restricciones ni condicionamientos y que la remisión a la Ley que haya de desarrollarlo (que es la presente Ley Orgánica) no puede en modo alguno entenderse como una autorización para que ésta pueda restringirlo o limitarlo innecesariamente, y como esto es lo que indebidamente hace el artículo 18.1 de la L.O.E.C.E al exigir el cauce asociativo, hay que declarar que tal precepto es inconstitucional, y que los padres podrán elegir sus representantes y ser ellos mismos elegidos en los órganos colegiados de gobierno del centro por medio de elecciones directas sin que tal elección haya de realizarse a través del cauce asociativo y debiendo interpretarse en este sentido los artículos 26.1 A.d), 26.1 B.d), 28.1 in fine y 18.2 b), todos ellos de la Ley impugnada”.

Vemos que el caso que analiza la sentencia, aunque referido a otras materias, es idéntico al que estamos contemplando. Se declara inconstitucional el artículo de una Ley, que obliga a los padres de los alumnos a asociarse para ejercer su participación en los órganos colegiados de los centros de enseñanza. Exactamente igual nos ocurre en este caso. Obliga a los llamados acreedores (que son autores, editores, productores y artistas) a pertenecer o asociarse en órganos de gestión para poder ejercer el derecho al cobro de su remuneración.

Nos encontramos, pues, ante una intervención del Estado en un sector de la vida social, a través de regulación de asociaciones privadas de configuración legal, a las que se confiere el ejercicio de funciones públicas, de carácter administrativo relativas a todo un sector, intervención que habrá que ver en qué medida es compatible con el derecho de asociación.

A este respecto, el Tribunal Constitucional tiene declarado en sentencia 67/1985, de 24 de Mayo, que la utilización generalizada de esta vía respondería a unos principios de carácter corporativo, aun cuando fuere de modo encubierto, incompatibles con el Estado social y democrático de Derecho, afirmación que no excluye la posibilidad de que se utilice excepcionalmente, siempre que se justifique su procedencia en cada caso por razones acreditativas de que constituye una medida necesaria para la consecución de fines públicos, y con los límites necesarios para que ello no suponga una asunción (ni incidencia contraria a la Constitución) de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Interpretativo de lo anterior, es decir, de lo que se puede considerar interés público, es la sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de Junio de 1994, por la que se declaraba anticonstitucional la adscripción obligatoria a las Cámaras de Comercio. En dicha sentencia, tras analizar toda la jurisprudencia anterior, desde la STC 67/1985 hasta las STC 132 y 139/1989, concluye en su Fundamento Jurídico 10 que la defensa de los sectores profesionales o económicos, aunque tengan manifiesta repercusión en los intereses públicos generales, se refiere a los intereses particulares que son propios de unas categorías profesionales concretas, esto es, a los intereses profesionales, y sobre todo económicos, de quienes ejercen el comercio, la industria o la navegación. Se trata, pues, de intereses sectoriales que, en principio, no justifican la obligatoriedad de este tipo de corporaciones.

Este es el caso que estamos contemplando. La Ley de Propiedad Intelectual, en su artículo 25, crea una obligación de carácter privado, como hemos reiterado en varios apartados. Los intereses que recoge, como dice la sentencia citada, son

intereses sectoriales, que, en principio, no justifica la obligatoriedad de pertenecer a las Entidades de Gestión creadas por Ley. Por ello entendemos que la obligación que impone a los autores, editores, etc., de gestionar el cobro de sus remuneraciones a través de éstas, puede ser contrario a la Constitución.

-Nacimiento y pago de la obligación (Apartados 11 y 12, 13, 14, 15)

Se regula con detalle por la ley, -no podía ser de otra manera- todas las cuestiones relativas al pago, como es el nacimiento de la obligación (apartado 11), cálculo de la misma o lo que podríamos llamar autoliquidación (apartado 12), obligación de pago de los distribuidores, mayoristas et c... (apartado 13), plazos de pago (apartado 14), y condición de depositarios de los deudores (apartado 15). Veamos cada uno de estos apartados.

En efecto es el apartado 11 del art 25 el que se refiere al momento del nacimiento de la obligación de pago, establece: *“11.La obligación de pago de la remuneración nacerá en los siguientes supuestos:*

- a) Para los fabricantes y para los adquirentes de equipos , aparatos y materiales fuera del territorio español con destino a su distribución comercial en el mismo, en el momento en el que se produzca por parte del deudor la transmisión de la propiedad o, en su caso la cesión del uso o disfrute de cualquiera de aquéllos.*
- b) Para los adquirentes de equipos, aparatos y materiales fuera del territorio español con destino a su utilización dentro de dicho territorio, desde el momento de su adquisición.”*

Como vemos, se produce un importante cambio cualitativo respecto al régimen

anterior. De la lectura del precepto citado, se desprende claramente que en cada uno de los supuestos descritos, que atribuyen la condición de deudor, el nacimiento de la obligación va unido a la capacidad de uso del producto. Lo cual es del todo coherente con el planteamiento de la institución, pues sólo cuando el equipo o material está disponible para su uso, es cuando puede producir daño y no antes.

A diferencia de lo previsto en la ley de 1987 en la que la mera fabricación o importación daba lugar al nacimiento de la obligación, ahora al menos se requiere la transmisión de la propiedad o cesión de uso. Es decir se requiere un acto que permite presumir que el equipo va a ser usado, aunque no exista certeza al respecto. En efecto, podría producirse que el fabricante o adquirente vendiera el equipo a un mayorista, o a un distribuidor y este no lo vendiera nunca, simplemente por quedar superado tecnológicamente por otra gama de productos. En este supuesto, de nuevo nos encontraríamos, ante un supuesto de un equipo, que ha pagado por un daño que no ha causado, simplemente porque es imposible que haya producido el daño, al no haber sido usado. Como vemos por tanto, el precepto comentado supuso un avance respecto la etapa anterior, pero sin embargo no resolvió todas las anomalías de la ley.

En cuanto al cálculo de la deuda, esta debería hacerse en base a los importes fijados en el apartado 5 del reiterado art 25, y que no merecen más comentarios al ser idénticos a los indicados en la Ley 20/1992. Sin embargo gran importancia tiene el sistema de cálculo, al constituir una de las principales novedades de la ley, y eliminar los procedimientos farragosos de negociación y mediación resolutoria.

En efecto el apartado 12 de la ley establece: *“Los deudores mencionados en la letra a) del apartado 11 de este artículo presentarán a la entidad o entidades de gestión correspondientes o, en su caso, a la representación o asociación mencionadas en los apartados 7 a 10, ambos inclusive, del mismo, dentro de los treinta días siguientes a la finalización de cada trimestre natural, una declaración-liquidación en la que se indicarán las unidades y características técnicas, según se especifica en el apartado 5 de este artículo, de los equipos, aparatos y materiales respecto de los*

cuales haya nacido la obligación de pago de la remuneración durante dicho trimestre. Con el mismo detalle, deducirán las cantidades correspondientes a los equipos, aparatos y materiales destinados fuera del territorio español y las correspondientes a los exceptuados en virtud de lo establecido en apartado 6 de este artículo”.

Se trata de un texto algo complejo, porque el legislador quiso detallar toda la casuística posible, incluidas las excepciones muy concretas y específicas y de restrictiva aplicación. En definitiva lo que creó la ley, es un sistema de autoliquidación trimestral semejante a la técnica prevista para algunos tributos, como el IVA. Las ventajas de este sistema, con respecto al anterior, son tan evidentes que no exigen muchos comentarios. En primer lugar los deudores se evitaron los gastos derivados del proceso de negociación y mediación, empezando por los honorarios del Presidente y Secretario de la mesa, y Mediador, continuando por los gastos de formalización de escritura, etc... Asimismo la autoliquidación le permite realizar los cálculos trimestralmente, y adecuar los pagos como ahora veremos a ese periodo, en lugar de un pago único, calculado además por un tercero y sujeto a errores y problemas. Y lo más importante, el ahorro de tiempo ante la obligación de participar en un proceso negociador artificial e innecesario.

Sin ser la panacea, lo cierto es que el cambio fue acogido con gran satisfacción por parte de la masa de deudores, que veían la posibilidad de control de un proceso, que siempre fue una carga, pero que ahora se podía gestionar internamente.

Por otra parte, y en justa correlación con la obligación solidaria impuesta a los distribuidores, mayoristas, etc... establece el apartado 13 lo siguiente: “ *Los distribuidores, mayoristas y minoristas a que se refiere el segundo párrafo de la letra a) del apartado 4 de este artículo, deberán cumplir la obligación prevista en el párrafo primero del apartado 12 del presente artículo respecto los equipos, aparatos y materiales adquiridos por ellos en territorio español, de deudores que no les hayan repercutido y hecho constar en factura la correspondiente remuneración”.*

Como decimos, el legislador ha regulado y especificado algo que era lógico a la vista de lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 25. Ese apartado hemos visto que establece una responsabilidad solidaria de pago de la remuneración, a una serie de agentes, que participan en la cadena de valor comercial, al efecto de evitar el fraude. Pues bien esa solidaridad afecta no sólo a la obligación principal, que es la de pago, sino a la obligación accesoria de presentar la oportuna declaración-liquidación.

La estructura que crea la nueva ley, es la de establecer una obligación principal, que no puede ser otra que la obligación de pago, y al mismo tiempo, una serie de obligaciones accesorias tendientes a hacer efectivo ese pago, así como el control del mismo. Es una constante en todas ellas la aplicación del principio de solidaridad. Lo vemos en este apartado específico para la declaración-liquidación, y lo veremos más adelante cuando comentemos otras obligaciones (desglose en factura, verificación de datos, etc..).

A mi juicio, no hubiera sido necesario tal precisión pues reconocido el principio básico de la solidaridad del pago, es evidente que también sería aplicable a lo accesorio, máxime cuando ese accesorio es necesario, como el caso que nos ocupa, para el cálculo de la cantidad a pagar. No obstante nada que objetar a la técnica del legislador en su deseo de cerrar posibilidades de fraude, aún a riesgo de haber establecido una normativa extensa, y en algún caso redundante.

Por último, y en este apartado, hay que destacar que el carácter subsidiario más que solidario de los obligados solidarios no deudores, queda aún más destacado, cuando la obligación de declaración, se la impone a los mismos, respecto de los deudores que no lo hayan repercutido y hecho constar en factura la correspondiente remuneración. De nuevo vemos, y aquí más claramente, como la obligación del distribuidor, etc... surge "en defecto de" el cumplimiento de su obligación por el deudor. Es decir prácticamente existe un deudor principal que se cita en el primer párrafo de la letra a) del apartado 4, y unos deudores subsidiarios citados en el párrafo segundo del mismo apartado y letra, en figura cercana a unos avalistas, que responde

en caso de fallo del principal, de manera solidaria pero ciertamente subsidiaria.

En cuanto al momento del pago el apartado 14 del artículo 25 nos dice lo siguiente: *“El pago de la remuneración se llevará a cabo, salvo pacto en contrario:*

- a) Por los deudores, mencionados en la letra a) del apartado 11, dentro del mes siguiente a la fecha de finalización del plazo de presentación de la declaración-liquidación a que se refiere el párrafo primero del apartado 12.*
- b) Por los demás deudores y por los distribuidores, mayoristas y minoristas, en relación con los equipos, aparatos y materiales a que se refiere el apartado 13 de este artículo, en el momento de la presentación de la declaración-liquidación, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 19 del mismo”.*

Pocos comentarios se pueden hacer a la claridad de los términos de este apartado. Tan sólo indicar que el legislador, coherentemente con lo previsto en el resto de apartados de este artículo, distingue dos plazos diferentes entre lo que hemos venido llamando deudores principales y accesorios. Así para los principales, el plazo de pago será el mes siguiente a la finalización del plazo de autoliquidación.

Combinando este precepto con el apartado 12, es fácil hacer el cálculo del calendario de pagos, y deducir que los deudores deberían hacer los pagos en cuatro plazos, coincidiendo con los meses de febrero, mayo, agosto y noviembre. En cuanto a los que hemos venido denominando deudores subsidiarios, se sigue la técnica tributaria, y el pago debe hacerse en el momento de efectuar la autoliquidación.

Este sistema de pago también fue muy bien acogido por los deudores, al ser más cómodo en cuanto a la gestión de tesorería de las empresas, realizando cuatro pagos al año en lugar de un pago único. Aun que a veces esto pueda suponer unas necesidades de financiación complementaria, sobre todo para el IVA.

En efecto supongamos una venta realizada el último mes del período de declaración y que es pagada a 90 días. La empresa deberá hacer el ingreso a la Entidad de Gestión, aplicando la ley, en un plazo de 60 días, y el IVA a la Hacienda Pública en un plazo de 30, lo que le obliga a movilizar recursos propios o crédito externo para hacer frente a sus compromisos. Afortunadamente la existencia de algunos pactos entre acreedores y deudores, ha permitido en algunos casos, flexibilizar el rigor de la aplicación de esa norma.

La última cuestión específica relativa pago de la remuneración compensatoria es la previsión del apartado 15 de la ley cuando dice: *“Los deudores y, en su caso, los responsables solidarios se considerarán depositarios de la remuneración devengada hasta el efectivo pago de la misma conforme establece el apartado 14 anterior”*.

Ya hemos visto como pueden existir distorsiones financieras derivadas de la diferencia entre las fechas de cobro de remuneración al cliente final, y la fecha de pago a las entidades de gestión. Anteriormente, hemos visto el supuesto de problemas por no haber recibido los fondos, en el momento de la obligatoriedad del pago. Pues bien en este apartado el legislador parte de la situación inversa, es decir que el deudor haya recibido los fondos de la venta del equipo, incluido el importe de la remuneración, y todavía exista un lapso de tiempo hasta la fecha del pago a las Entidades de Gestión.

Durante ese periodo no cabe duda que el deudor dispone de unos fondos que deben estar afectos al pago de una deuda, y que son ajenos a su rendimiento comercial. El legislador llevado de un celo extraordinario, en proteger los fondos de las Entidades de Gestión, incluso cuando están en poder del deudor, se preocupa de calificar la naturaleza jurídica de la posición del deudor respecto a los mismos, para evitar que por cualquier causa, o en cualquier momento, se pudiera considerar que ha surgido algún derecho de propiedad u otro título de disposición, respecto a los mismos.

Así establece que el deudor será “depositario” de la remuneración compensatoria, con todo lo que ello implica desde el punto de vista del régimen jurídico aplicable, previsto en los artículos 1758 a 1789 del Código Civil. De nuevo, el carácter protector del legislador respecto los acreedores, tuvo una nueva muestra, que no se correspondió, como hemos visto, con la necesidad de prever los posibles problemas financieros de los deudores, a los que sólo les deja la solución tan aleatoria, como es un pacto, cuya consecución siempre dependerá de la existencia de acuerdo, y no de un imperativo legal como el caso que nos ocupa.

-Control del pago (Apartados 16, 17, 18, 19)

Bajo este epígrafe nos hemos querido referir a una de las materias que, a nuestro juicio tuvieron en su día y tienen actualmente, una mayor relevancia práctica en todo lo relativo a la gestión y pago de la remuneración compensatoria. Siguiendo con la terminología legal, hablamos de “control del pago”, aunque a nuestro juicio creo que sería más correcto hablar de “control de mercado”.

No cabe duda que estéticamente, la expresión “control del mercado”, repele no sólo desde un punto de vista de las normas que regulan la competencia, sino también desde el punto de vista constitucional, del principio de libertad de mercado. No obstante si tenemos en cuenta que nos encontramos en el año 1994, ante un mercado ciertamente convulso, y tremendamente afectado, precisamente por los efectos de la remuneración compensatoria, a nadie podía repeler que el legislador tratara de establecer una serie de medidas para poner un cierto orden. Quizás la expresión de “control del fraude” sea más acertada que las anteriores, para reflejar lo que se pretendió, a través de las medidas que comentaremos en este epígrafe.

En efecto el apartado 16 establece: *“A efectos de control de pago de la remuneración, los deudores mencionados en la letra a) del apartado 11 de este*

artículo deberán figurar separadamente en sus facturas el importe de aquella, del que harán repercusión a sus clientes y retendrán para su entrega conforme lo establecido en el apartado 14”.

Dos son los aspectos fundamentales de este apartado: por un lado la obligatoriedad del desglose en factura del importe de la remuneración. Esto sin duda tal y como establece el propio apartado es una medida de absoluto control del pago. Hasta la fecha el importe de la remuneración iba incluido en el precio, lo que suponía por un lado una causa evidente de fraude, y por otro una dificultad en el ejercicio del derecho de verificación, al que luego aludiremos, por parte de las Entidades de Gestión.

Por otra parte se establece la “repercusión obligatoria” de la remuneración al cliente. Esto supone el reconocimiento en un texto legal de algo que ya comentamos cuando hablamos de la primitiva ley de 1987, y es que el pago del canon en realidad recae sobre el usuario.

Se ha discutido mucho, y se ha planteado abiertamente en los medios de comunicación, sobre todo en los últimos tiempos, la pregunta de quién paga efectivamente el canon. Y se ha afirmado que en definitiva, es el usuario pues las empresas le repercuten su importe. Esto por otra parte, tampoco debe llamar a crítica alguna. Si en este tema, desde un principio hubiera primado la coherencia, más que el afán recaudatorio, hubiera quedado del todo claro que quién debe pagar es el usuario, que es a quien el artículo 32.2 de la LPI le atribuye la licencia genérica de copia.

Siempre las empresas han tratado repercutir el importe al usuario, si bien hasta el año 1994, quedaba disfrazado en el precio. A partir de la reforma que comentamos, es necesario que figure el importe desglosado del precio, y detallado en la factura. No cabe duda que esto supuso un gran avance, que dotó de neutralidad comercial a la remuneración, aun que las empresas pudieron seguir utilizando su política de precio, asumiendo internamente parte del canon, y al mismo tiempo una

gran transparencia al mercado y visibilidad a la gestión del mismo. Lo que no cabe duda, es que también dejó bien claro, quién paga en realidad el canon (el usuario), pero a quién se le considera deudor (fabricantes e importadores), que en realidad hacen de recaudadores para un tercero. No nos extendemos más en esta materia, que será tratada más ampliamente al hablar de la naturaleza jurídica de la institución. Nos limitamos a constatar el reconocimiento legal, que a este respecto realizó el legislador del año 1994. Si bien destaca que este desglose nunca podía llegar al usuario final, alcanzando como máximo el nivel minorista.

Por otra parte el apartado 17, se limitó a reconocer, siguiendo la pauta ya marcada en otros aspectos en este artículo, la misma obligación de desglose en factura para los distribuidores, mayoristas, etc... Esto, justo es reconocerlo, tuvo un especial trascendencia y eficacia en el control del canal comercial, y en la eliminación de prácticas de fraude.

Asimismo el apartado 18, establecía una obligación importante para hacer efectivo lo dispuesto en el apartado anterior, relativo al desglose en factura y era la obligación del distribuidor, mayorista, etc... de rechazar cualquier operación, que no incluyese el citado desglose. En concreto el apartado 18 establecía: “ *En ningún caso, los distribuidores, mayoristas y minoristas, responsables solidarios de los deudores, aceptarán de sus respectivos proveedores el suministro de equipos, aparatos y materiales sometidos a la remuneración, si no viene facturados conforme a lo dispuesto en los apartados 16 y 17 del presente artículo*”. Como vemos los términos son taxativos y obligatorios. No se trata de una facultad del distribuidor. La ley especifica “en ningún caso”. Si la factura no venía con el adecuado desglose, el distribuidor tenía la obligación de no aceptarla.

Anteriormente comentábamos que algunas de las medidas de control establecidas, aunque beneficiosas, podría ser consideradas que iban en contra de otros principios jurídicos, alguno de ellos de gran relevancia, como puede ser el de libertad de empresa, recogido en el artículo 38 de nuestra Constitución. Merece la

pena realizar alguna reflexión al respecto, máxime cuando este texto y consiguiente obligación sigue vigente en la actualidad.

En definitiva el apartado 18, establece una obligación de “no hacer”, o lo que es lo mismo, una prohibición que incumbe al último escalón de venta antes de llegar al consumidor final, por la que se obliga a aquéllos a no comprar a los fabricantes o importadores, en el caso de que éstos no hayan indicado expresamente el importe de la remuneración en las facturas.

La jurisprudencia constitucional, entiende de forma unánime que los derechos fundamentales no son absolutos, por estar su ejercicio de los mismos, a las limitaciones impuestas, en su mayoría, desde los poderes públicos para salvaguardar el interés general u otros derechos constitucionales. Es decir, el legislador está legitimado para recortar el ejercicio de tales derechos y libertades, siempre y cuando lo haga para proteger un bien jurídico superior, cual es el del interés general o el de otros derechos constitucionalmente relevantes que deban prevalecer.

No obstante lo anterior, la jurisprudencia establece, de forma específica, límites a la injerencia de los poderes públicos, en el derecho de libertad de empresa, y que a continuación vamos a tratar.

En general, son los que sienta la S.T.C. 37/1981 de 16 de noviembre:

“Tal precepto, en muy directa conexión con otros de la misma Constitución y, señaladamente, con el 128 y el 131, en conexión con los cuales debe ser interpretado, viene a establecer los límites dentro de los que necesariamente han de moverse dos poderes constituidos al adoptar medidas que incidan sobre el sistema económico de nuestra sociedad. El mantenimiento de esos límites, como el de aquellos que definen los demás derechos y libertades consagrados en el Capítulo Segundo del título primero de la Constitución está asegurado en ésta por una doble garantía, la de la reserva de ley y la que resulta de la atribución a cada derecho o libertad de un núcleo

del que ni siquiera el legislador puede disponer, de un contenido esencial (art. 53.1 de la Constitución). No determina la Constitución cuál sea este contenido esencial de los distintos derechos y libertades y las controversias que al respecto puedan suscitarse han de ser resueltas por este tribunal al que, como intérprete supremo de la Constitución, corresponde, en último término y para cada caso concreto, llevar a cabo esa determinación”

Téngase también presente la S.T.C. 37/1987 de 26 de Marzo:

“El art. 38 C.E. dispone que los poderes públicos garantizan el ejercicio de la libre empresa – al tiempo que la defensa de la productividad, que a su vez puede suponer un límite a aquélla – de acuerdo con las exigencias de la economía general, entre las que hay que incluir las que puedan imponerse en virtud de determinados bienes o principios constitucionalmente protegidos y, en su caso, de la planificación”.

Por tanto, los límites en los que deberá moverse el legislador, para regular cualquier actividad, que tienda a restringir el derecho a la libertad de empresa, serán la reserva de ley y el propio respeto al contenido esencial del derecho. Esto es, respetar, en lo que ahora nos importa, la capacidad organizativa de las empresas, su productividad, su gestión independiente, la libre circulación de bienes, la igualdad y cualesquiera otros que incidan en la libertad para gestionar. En cualquier caso, el menoscabo deberá venir respaldado, por la salvaguarda de un interés público, como con toda claridad proclama el tribunal Supremo en su Sentencia de 23 de Noviembre de 1994:

“... en un Estado social y democrático de Derecho, como el que proclama el art.1 C E, es lícitamente posible para el legislador la introducción de límites y restricciones al ejercicio de derechos de contenido patrimonial, como los de propiedad y libertad de empresa, por razones derivadas de su función social”.

No hay que olvidar, que en toda esta materia estamos hablando de defender

los intereses privados, lo que influye decisivamente en cualquier límite de los principios constitucionales.

En el caso del apartado 18 del artículo 25 que estamos contemplando, estimamos que puede vulnerarse el contenido esencial del derecho, y desde luego, se vulnera el mismo al establecerse límites ilícitos.

La vulneración del contenido esencial del derecho a la libertad de empresa, se puede argumentar, desde el momento en que la Ley prohíbe contratar a los responsables solidarios, con quienes no repercutan la remuneración, pues como dice el Tribunal Supremo *se impide al empresario actuar libremente en el mercado, establecer sus propios objetivos, se le restringe la posibilidad de planificar su actividad en atención a sus intereses, sus recursos y circunstancias*" (S.T.S 23 de Noviembre de 1994).

Es decir, se condiciona la actuación en el mercado de los responsables solidarios a un requisito formal, cuál es la facturación de los equipos que adquieran en la forma establecida por la Ley. Se puede decir entonces que no puede reconocerse el derecho a la libre empresa, cuando se somete una parte esencial del tráfico mercantil de los deudores, cuál es la adquisición de su mercancía, a un requisito de forma.

Y esta injerencia del estado no viene respaldada por la necesidad de planificar el mercado o de impedir actos restrictivos de la competencia, o por último, para defender a los consumidores, sino que, por el contrario, el interés que se tutela es el interés particular de los autores a cobrar sus derechos.

A mayor abundamiento, se puede afirmar que los límites impuestos por la Ley de Propiedad Intelectual, son, como vemos, restricciones inconstitucionales.

Recordemos que son dos los elementos, que marcan la legalidad de una

injerencia en cualquier derecho constitucional: la legitimación de la medida adoptada en función de un interés público o general, constitucionalmente consagrado, y la proporcionalidad de la injerencia.

Pues bien, respecto al primer elemento hay que decir que la remuneración económica es una cantidad, que se entregará en última instancia a los propietarios de los derechos de autor o a las Sociedades gestoras. O lo que es lo mismo, son cantidades destinadas a compensar el efecto negativo, que la Ley de Propiedad Intelectual, al autorizar la copia privada, produce en los autores. Por lo tanto, se limita el derecho a la libre empresa, para integrarlo a otro derecho estrictamente privado, cuál es el derecho de propiedad intelectual y, además, por un mal causado legislativamente.

Que el derecho de autor es un interés jurídicamente relevante, y que debe ser protegido nadie lo duda. Ahora bien, una cosa es que como todo derecho tenga que ser tutelado jurídicamente, y otra muy distinta que por esa circunstancia se convierta en un interés público o general. Es decir, no es posible establecer una ecuación entre un derecho privado, que afecte a un grupo de personas, y el interés general del Estado. A nadie más que los propietarios y cesionarios de los derechos de autor, interesa la protección de éstos, por lo que no puede considerarse, que estemos ante un interés público. De ahí el intento de conexión constante entre copia privada y derecho al libre acceso a la cultura.

En este mismo sentido, se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en la S.T.C de 16 de Junio de 1994, que declaró la inconstitucionalidad de la adscripción forzosa a las cámaras de comercio, basándose precisamente, entre otros argumentos, en el que acabamos de exponer:

“... el fomento y la representación de los intereses del comercio, la industria y la navegación es, sin lugar a dudas, una finalidad jurídicamente relevante, en el sentido de que merece y además recibe la protección del Ordenamiento Jurídico. Ello

no obstante, no significa que el hecho de recibir la tutela del Ordenamiento las convierta automáticamente en intereses públicos o generales, que por su condición de tal puedan justificar la creación legal de un ente corporativo para su defensa y la adscripción obligatoria al mismo. La defensa de estos sectores profesionales y económicos, aunque tengan manifiesta repercusión en los intereses públicos generales, se refiere a los intereses particulares que son propios de unas categorías profesionales concretas, esto es, a los intereses profesionales, y sobre todo económicos, de quienes ejercen el comercio, la industria y la navegación. Se trata, pues, de intereses sectoriales que, en principio, no justifican la obligatoriedad de este tipo de corporaciones”.

Con la misma fuerza de razón, podemos afirmar que los derechos de autor, y más en concreto, el cobro de la remuneración compensatoria, responde a un interés de carácter absolutamente privado, nunca a un interés público, y menos a un interés constitucionalmente relevante.

En consecuencia, y como venimos diciendo, la injerencia estudiada, a nuestro juicio, vulnera el artículo 38 C.E., puesto que la Ley de Propiedad Intelectual, en su apartado 18 del artículo 25, permite una restricción del derecho a la libre empresa no ya para salvaguardar un interés público, u otro derecho constitucional relevante, sino para proteger un derecho de autor de corte privado.

Y los argumentos anteriores valen también para decir que evidentemente, se ha traspasado el principio de la proporcionalidad de la medida, con el sacrificio del derecho de libertad de empresa. Es a todas luces desproporcionado impedir la adquisición de productos, para conseguir recaudar la remuneración compensatoria.

En conclusión, estimamos que el apartado 18 del artículo 25 de la Ley de Propiedad Intelectual, podría vulnerar el artículo 38 de la Constitución por infringir el derecho a la libertad de empresa. Como decimos, no podemos negar que lo pretendido era una eficacia recaudatoria, lo que no deja de ser atacable, en los

términos comentados; no obstante también ha producido y produce efectos beneficiosos al mercado, que no deberían de perderse.

De manera correlativa con el apartado comentado, y al efecto de contribuir a su eficacia, la ley estableció en el apartado 19 una presunción que trataba de blindar la obligatoriedad del citado desglose en factura. En efecto el apartado 19 establecía: *“Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, cuando el importe de la remuneración no conste en factura, se presumirá, salvo prueba en contrario, que la remuneración devengada por los equipos, aparatos y materiales que comprenda, no ha sido satisfecha”*.

De nuevo un importante blindaje ante la posible picaresca de algún agente en el mercado. Una presunción que obligaba a aquel que hiciera caso omiso, a lo previsto en el apartado 18, a hacerse cargo del pago de la remuneración. Es decir, el distribuidor, mayorista, etc., estaba obligado a recibir la factura, con la remuneración desglosada del precio, y si no la recibía tenía la obligación, que no la facultad de rechazar los equipos; pero aún en el caso que los aceptase de esta forma, incumpliendo la ley, se suponía que no se había pagado la remuneración, por lo que aplicación del apartado 4 a) del mismo artículo, ellos serían los obligados al pago.

Justo es reconocer que, una norma de esta naturaleza que imponía obligación directa de pago, tuvo una eficacia disuasoria de conductas, que hasta la fecha habían sido pauta habitual, francamente determinante en la mejora de las condiciones del mercado.

Por último y para finalizar con las cuestiones relativas al pago, debemos indicar que en el texto del artículo 25 de esta ley 43/1994, llama la atención que, a pesar de la detallada y prolija regulación del nuevo sistema del pago de la remuneración, no se haya dicho nada en relación con el *lugar del pago*, lo que a nuestro juicio, supuso una omisión que produjo en su momento no poca conflictividad, y que merece por nuestra parte alguna reflexión al respecto.

Para determinar el lugar del pago, hemos de acudir al artículo 1.171 del Código Civil, que es el que recoge cuál ha de ser el lugar del cumplimiento de las obligaciones, y que dice lo siguiente: *“No habiéndose expresado y tratándose de entregar una cosa determinada, deberá hacerse el pago donde ésta existía en el momento de constituirse la obligación.*

En cualquier otro caso, el lugar del pago será el del domicilio del deudor”.

En el caso que estamos estudiando, la obligación nace de la Ley, pues está establecida en el artículo 25 de la Ley, por lo que hemos de acudir al mismo, de conformidad con el artículo 1.090 del Código Civil, que dispone que las obligaciones derivadas de la Ley se regirán por los preceptos de la Ley y lo que ésta no hubiere previsto por las disposiciones del Código. Del pago se trata en el nº 14 del mencionado artículo 25 de la LPI, al que ya nos hemos referido, y que nada se dice del lugar donde se llevará a cabo el pago, por lo que hay que estar al párrafo tercero del artículo 1.171 (evidentemente no es de aplicar el segundo), que señala que es el del domicilio del deudor.

Conforme al tenor literal de la redacción del expresado párrafo tercero, parece que cuando habla del lugar del pago, no se refiere al domicilio del deudor, es decir, a la casa habitación donde habita, o donde tiene su establecimiento mercantil, sino a la ciudad o villa donde éste está sito, dentro de la cual tiene su domicilio o su establecimiento.

En este sentido, se ha pronunciado el Tribunal Supremo, que en sentencia de 24 de Mayo de 1955, establece:

“CONSIDERANDO: Que por las varias acepciones que en nuestro idioma tiene el término domicilio, con el que se puede indistintamente designar la casa o vivienda en que habita una persona o la población en que reside; pero con la palabra lugar, a

pesar de ser muchos y muy distintos sus significados, nunca se puede hacer referencia al domicilio, por lo que interpretado gramaticalmente en sentido y alcance de los dispuesto en el párrafo tercero del artículo antes citado 1.171, que textualmente dice: “En cualquier otro caso el lugar del pago será el del domicilio del deudor”, es manifiesto que en él se menciona el domicilio sólo para determinar por la población en que se encuentra el lugar donde debe verificarse el pago, cuando no se hubiera designado en la convención ni se trate de entregar una cosa determinada y es por lo tanto evidente que con dicho precepto lo que se señala es la ciudad, villa, aldea o cualquier otra población en que tenga morada fija y permanente el obligado al pago, que en ese caso es Valencia, pero no la casa en que habita en esta ciudad”.

A ello hemos de añadir, que de no interpretarse el precepto que comentamos en este sentido, estaríamos estableciendo una laguna en la Ley, por cuanto sentando como lugar del pago la población donde reside el deudor, nos encontraríamos con que no aparece el lugar, valga la redundancia, exacto del cumplimiento de la obligación de pago. No existe razón para pensar que el legislador no deseó una determinación exacta del sitio del pago, no para crear, con los elementos legales precisos, un vacío en el texto del artículo 1.171.

Como vemos, se considera el domicilio del deudor, cuando de la obligación no se desprende otro, como el del lugar del pago, lo que abunda nuestra tesis, por cuanto el legislador considera lógico señalar éste como donde ha de efectuarse el requerimiento de pago, y que de atenderse produciría el abono de las cantidades debidas y con ello la extinción de la obligación en el referido domicilio.

Pues bien, si no se considera válida nuestra interpretación del artículo 1.171 y se piensa que existe una laguna en dicho precepto, hemos de acudir a la costumbre para suplir esta laguna, y la costumbre es que el lugar a donde se acuerden a cobrar las deudas es en el domicilio, en el sentido de casa-habitación, del deudor. Los recibos y facturas se cobran en ésta. A ella acuden los arrendadores para cobrar los recibos de alquiler cuando éstos no se han domiciliado en alguna cuenta corriente. A

ella acuden los proveedores y en ella, o en la dirección, para entendernos, donde está sito el establecimiento mercantil propiedad del deudor, se domicilia en las letras de cambio cuando, al igual que los recibos de alquiler, no se ha efectuado la domiciliación en una cuenta corriente. Es general la práctica y la costumbre de ir a cobrar las deudas en el domicilio del deudor.

En resumen, podemos concluir que en el caso que nos ocupa, el domicilio para el pago es el domicilio del deudor.

-Derecho de Verificación (Apartados 21 y 22)

Todo el control del mercado, que veíamos anteriormente, que se hacía a través del control del pago, tiene su correspondiente complemento, a través del control de la información que se establece en los apartados 21 y 22 del citado artículo 25.

En efecto el apartado 21 establece: *“Los deudores y sus responsables solidarios permitirán a la entidad o entidades de gestión o en su caso a la representación o asociación gestora el control de las operaciones sometidas a la remuneración y de las afectadas por las obligaciones establecidas en los apartados 12 a 20, ambos inclusive, del presente artículo. En consecuencia facilitarán los datos y documentación necesarios para comprobar el efectivo cumplimiento de dichas obligaciones y, en especial, la exactitud de las declaraciones-liquidaciones presentadas”*. Por su parte el apartado 22 del mismo artículo establece lo siguiente: *“La entidad de gestión o entidades de gestión o, en su caso la representación o asociación gestora, y las propias entidades representadas o asociadas, deberán respetar los principios de confidencialidad o intimidad mercantil en relación con cualquier información que conozcan en el ejercicio de las facultades previstas en el apartado 21”*.

De la lectura de estos párrafos podemos extraer las siguientes conclusiones:

- Los deudores y los responsables solidarios, deben permitir a las entidades de gestión el “control”, de las operaciones sometidas a la remuneración, y de las afectadas por las obligaciones establecidas en los apartados 12 a 20.
- Asimismo los deudores deben facilitar los datos y documentación necesarios, para la comprobación y exactitud del cumplimiento de las obligaciones.
- Las entidades de gestión deben respetar los principios de intimidad mercantil y confidencialidad.

Como vemos, la ley es bastante ambigua, pues se limita a fijar los principios generales, sin entrar a realizar enumeraciones exhaustivas o enunciativas del alcance de todos los extremos anteriores, lo que provocó en su momento una amplia conflictividad. Llama la atención, como en esta materia no ha existido ningún desarrollo reglamentario, en ninguna de las numerosas normas que han regulado en nuestro país la remuneración compensatoria.

Han sido los acuerdos suscritos entre las partes los que ha aportado algo de luz, a través de los diferentes Convenios entre acreedores y deudores, en el marco del sistema de negociación establecido con anterioridad al ejercicio 1995, en el que entró en vigor el nuevo sistema diseñado por la ley 43/1994.

Sin embargo, tales acuerdos no llegaron al nivel de detalle de fijar la relación de documentos, de necesidad puesta a disposición de los acreedores, ni el método para la práctica de tal verificación. Entre estos de constante discusión entre las partes.

Estos acuerdos por tanto, sólo nos aportan información de interés en cuanto a los criterios a seguir, en el caso de discrepancia entre los resultados de la comprobación y verificación, y los datos aportados o declarados por el deudor en cuestión.

Recordemos lo establecido a este respecto, por el Acuerdo Parcial para el ejercicio 1994 publicado mediante Resolución del Ministerio de Cultura de 29 de Marzo de 1995 y publicado en el BOE de 11 de Abril de 1995, suscrito entre acreedores y deudores. En concreto el Apartado 6 establece:

6.1. *“Las entidades acreedoras podrán hacer uso de las facultades establecidas en el art. 25.9 de la ley para la comprobación de la exactitud y veracidad de las cifras declaradas”.*

6.2. *“Si, tras la comprobación a la que se refiere el apartado 6.1 existiera discrepancia entre las entidades acreedoras y una empresa deudora sobre la exactitud o veracidad de su declaración, ambas someterán la cuestión al dictamen de un auditor independiente de común acuerdo y en su defecto el que designe el Instituto de auditores Censores Jurados...”*

6.3. *“Las entidades acreedoras actuarán conjuntamente en la acción de comprobación y revisión en la designación del auditor referido en los apartados 6.1 y 6.2”.*

A la vista de estos apartados creemos que hay dos aspectos de interés:

- a) Se distingue entre verificación y auditoría
- b) Se establece que las entidades de gestión actuarán conjuntamente, en la acción de comprobación y verificación.

Veamos con algún detenimiento el alcance de las conclusiones anteriores:

- a) Es evidente que si se distingue entre verificación y auditoría es porque ambas tareas tienen alcance y contenidos diferentes, máxime cuando la auditoría se prevé, cuando se ha producido alguna discrepancia entre lo declarado y lo verificado. Esto es importante para delimitar el contenido de las actividades de verificación, y nos permite anticipar la conclusión que, la verificación tiene un contenido menor y más limitado que la auditoría, a la que las propias entidades de gestión vienen a establecer, como proceso especial para el caso de discrepancia de resultados.
- b) Esta declaración es fundamental a los efectos que nos interesa, pues establece la necesidad de actuación conjunta. Esto tiene varias consecuencias jurídicas, y es que la verificación efectuada por una entidad debe entenderse que se realiza en nombre y en representación del resto, es decir, con mandato del resto de las entidades para llevar a efecto tales tareas.

En segundo lugar, hay que tener en cuenta lo establecido en el apartado 8 del art. 25 de la Ley de Propiedad Intelectual: “Cuando concurren varias entidades de gestión en la administración de una misma modalidad de remuneración, éstas podrán actuar frente a los deudores en todo lo relativo a la percepción del derecho en juicio o fuera de él, conjuntamente y bajo una sola representación, siendo de aplicación a las relaciones entre dichas entidades las normas que rigen la Comunidad de Bienes...”. Por lo tanto, habrá que estar a lo dispuesto en el Código Civil para las Comunidades de Bienes, a la hora de fijar el alcance y método de actuación de las entidades de gestión en esta materia.

De los comentarios anteriores podemos deducir como límites a la actividad comprobadora de las entidades de gestión los siguientes:

- a) Nadie pone en duda, que la verificación es un ejercicio de las facultades de control de las entidades de gestión. Sin embargo, este control debe referirse necesariamente a las operaciones sometidas a la remuneración, y de las afectadas por las obligaciones establecidas en los apartados 12 a 20 del artículo 25 de LPI. Este sería el límite objetivo.
- b) Las entidades de gestión deberán respetar los principios de confidencialidad o intimidad mercantil en relación con cualquier información que conozcan en el ejercicio de sus facultades. Este sería un límite formal.
- c) En el caso de actuar conjuntamente las entidades de gestión estarán sometidas al régimen jurídico de la Comunidad de Bienes.
- d) La verificación o comprobación no debe confundirse con una auditoría de cuentas.

Veamos a continuación cada uno de estos apartados:

- a) Nos estamos refiriendo al ámbito objetivo de las facultades de control, de los acreedores. El texto legal es bastante claro al respecto: están sujetas a control las operaciones sometidas a la remuneración y las comprendidas en otros preceptos del artículo 25 de la ley. Podríamos tratar de realizar una enumeración enunciativa de todo aquello susceptible de control:
 - Operaciones de venta de equipos y soporte sujetos a remuneración

- Declaración de liquidaciones trimestrales
- Documentación en relación con los equipos o soportes exceptuados de pago
- Facturas de venta con el desglose del importe de la remuneración compensatoria

Es evidente que cualquier documento que se solicite, y que se refiera a obligaciones distintas de las anteriores, constituiría un exceso de las facultades de comprobación o verificación. No hay que olvidar que la propia ley limita la comprobación, a la verificación del efectivo cumplimiento de las obligaciones efectuadas, y en especial la exactitud de las declaraciones-liquidaciones presentadas.

¿Qué documentos son necesarios para tal verificación? Lamentablemente, como indicamos anteriormente, no hay ningún precepto o texto legal que nos ilumine al respecto. Las normas en cuanto a libros y documentos contables establecidas en la legislación mercantil y tributaria, no pueden ser consideradas como fuente ni tan siquiera analógica, en esta materia dada la especificidad del objeto: verificar la exactitud de una declaración que se hace a un ente privado, que ostenta la condición de acreedor en un negocio jurídico, que trae su causa de la ley, o dicho en otros términos, a un acreedor que ostenta tal condición *ex lege*.

Parece correcto que a falta de ley y costumbre aplicable, y en aplicación del art 1.6 del Código Civil acudamos a los principios generales del Derecho, indicando que “*Ubi lex non dicit nec nos distinguit debemus*”. Es decir, donde la ley no dice no debemos distinguir. Como conclusión parece lógico pensar, que la sensatez y el sentido común deben imperar en esta materia, y que, si lo que se quiere es verificar la exactitud de un volumen de ventas en un determinado producto, lo único que habría que poner a disposición de las entidades de gestión serían los libros de ventas, y en su

caso las facturas que instrumenten las mismas si es que ello es posible. Otro tipo de solicitud como balances, lista de clientes, catálogo de productos, etc... cuya exigencia nos consta que a veces se produjeron, constituyó un exceso en el ejercicio de la función de control que comentamos.

- b) La confidencialidad e intimidad mercantil, es un límite que expresamente establece la ley a las entidades de gestión en el apartado 22 del art. 25 de la LPI y en principio por su claridad no merecería comentario alguno, pues es evidente que lo que establece la Ley, con estos principios, es la “obligación de secreto, que las entidades de gestión deben guardar respecto de los datos que conozcan en el ejercicio de su labor de comprobación”.

Sin embargo, no es baladí ampliar un poco en esta materia, en la medida que constituye otro límite a la actividad de comprobación. La norma fundamental en esta materia es el artículo 18.1 de la Constitución cuando dice: *“Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”*. Con independencia que la condición de deudor de la remuneración compensatoria, puede recaer en una persona física o jurídica, nos referiremos a esta última hipótesis por ser la más frecuente.

No existe una doctrina uniforme, en relación con la posibilidad de que las entidades jurídicas puedan ser titulares del derecho a la intimidad. Aunque en la ley se habla de intimidad mercantil, no es menos cierto que cabría plantearse el reconocimiento de un concepto amplio de intimidad. En este sentido, hay que hacer referencia a ciertas sentencias del Tribunal Constitucional que reconocen tal derecho (52/1995, 139/1995, 137/1995, 64/1998, etc...).

Este derecho a la intimidad consiste en la protección a las intromisiones ajenas, a sus datos internos más relevantes, no ya los de índole pública por su naturaleza como los tributarios o los incorporados al Registro Mercantil, sino aquellos que

descienden a un entorno de privacidad como los relativos a clientes, productos márgenes, etc... y que incluso pueden constituir el fondo de comercio, y que requieren una especial protección frente a los competidores.

En este sentido, lo dicho anteriormente tiene su apoyo legal en el artículo 32 del Código de Comercio, cuando establece que la contabilidad de los empresarios es secreta, sin perjuicio de lo dispuesto en las leyes, estableciendo a continuación diversos requisitos o límites que puedan alterar este carácter de confidencialidad. Además los artículos 497 a 499 del Código Penal, tipifican como delito la inobservancia del deber de secreto que incumbe a todos aquellos que acceden a la contabilidad y datos de la empresa.

Para finalizar debemos indicar, que quien realice la función de comprobación está sujeto a la obligación de respetar el secreto profesional, reconocido en el art. 24.2 de la Constitución, con los límites y las tutelas que la ley y la jurisprudencia han ido perfilando, incluso desde el punto de vista tributario.

- c) Comunidad de bienes: Ya hemos visto lo dispuesto en el apartado 8, de lo que podemos concluir que las entidades de gestión pueden actuar en esta materia, frente a los deudores de las siguientes formas:
- constituyendo una persona jurídica para actuar bajo una sola representación
 - conjuntamente designándose una sola representación siendo de aplicación en este caso el régimen de comunidad de bienes
 - de manera individual

La experiencia acumulada hasta la fecha de la publicación de esta ley, nos

hace con cluir que las entidades de gestión, aunque con cierta coordinación, sin embargo actuaron individualmente, y aunque la ley dice que “podrán actuar” conjuntamente, lo cierto es que no lo hicieron.

La consecuencia de lo anterior, es que en realidad se producía que ante una deuda por cada bloque: fonogramas y videogramas, y libros, existía un solo deudor por cada bloque y varios acreedores, que no lo son de un todo sino de la parte alícuota que les corresponde, y que ni tan siquiera para administrar la deuda de que son partícipes, han optado por una gestión colectiva.

Esta razón es la que justifica, que a la hora de presentar al cobro las facturas correspondientes, cada entidad incluye en la misma no el importe total de la deuda por bloques, sino tan sólo la parte alícuota que le corresponde, y de la que es acreedora en virtud de un acuerdo que desconocía e ignoraba el deudor, y del que sólo tenía conocimiento cuando sumadas las facturas correspondientes, el importe total de la suma se correspondía con el importe total de la deuda.

Cabe por tanto preguntarnos la razón, por la que si para cobrar cada entidad de gestión sólo tiene derecho a su parte alícuota, si para ejercitar su acción en juicio deben actuar conjuntamente en litisconsorcio activa necesaria, ¿por qué razón a la hora de verificar cada entidad puede solicitar la verificación total de la deuda incluso la alícuota parte que no le corresponde?

¿Puede parecer absurdo que se limite la verificación sólo a un porcentaje del total de la deuda? Aunque en la práctica pueda parecer absurdo, no cabe duda que esta facultad es factible, dado el sistema establecido en la propia ley y por qué no decirlo, de la falta de acuerdo de las entidades de gestión que son incapaces de acogerse a las fórmulas que la Ley les atribuye (art. 25.8 y 25.9 de la Ley) para la gestión colectiva. Está claro que la falta de acuerdo no debería redundar en incomodidad del deudor o, peor aún, en su seguridad jurídica, y que deberán ser las entidades de gestión, las que debieran buscar fórmulas para solventar las

consecuencias de su propio proceder.

- d) Verificación diferente a auditoría: Ya hemos visto anteriormente como incluso por los propios acreedores, se realiza una distinción clara entre lo que supone “verificar” la exactitud del canon, y “auditar” las cuentas. Esta y no otra interpretación es la que puede hacerse a la vista del acuerdo parcial, suscrito entre acreedores y deudores cuando los propios acreedores prevén la auditoría, como trámite secundario a la verificación y únicamente en el caso de discrepancia en cuanto a lo declarado y el resultado de la verificación.

Es decir, la auditoría se concibe como un “arbitraje” de tercero objetivo para que dirima entre una discrepancia. La experiencia en esta materia, nos hace tener en cuenta que las entidades de gestión acudieron tradicionalmente, a entidades auditoras de reconocido prestigio para realizar la verificación. Esto motivó que dichas entidades, siguiendo su práctica habitual, exigieran una documentación más propia de una censura anual de cuentas, que de una verificación de exactitud del canon, en un claro exceso del ejercicio de tal derecho.

Que se haya intentado esta práctica, no quiere decir que deba de admitirse como correcta y conforme a Derecho. Los deudores no debían admitir las consecuencias de que los acreedores no den un mandato e instrucciones claras a los encargados de la verificación, que al carecer del mismo pretenden aplicar sus técnicas previstas para otras finalidades. Esto provocó y provoca, hoy en día, no pocos conflictos.

La Ley 12 de julio de 1988 de Auditoría de Cuentas definía en su artículo 1º la auditoría diciendo que *“se entenderá por auditoría de cuentas la actividad consistente en la revisión y verificación de documentos contables, siempre que aquella tenga por objeto la emisión de un informe que pueda tener efectos frente a terceros”*.

Más claro es aún el apartado 2 del mismo artículo cuando dice *que “la auditoría de las cuentas anuales consistirá en verificar y dictaminar si dichas cuentas expresan la imagen fiel del patrimonio y de la situación financiera de la empresa o entidad auditada, así como el resultado de sus operaciones y los recursos obtenidos y aplicados en el período examinado, de acuerdo con el Código de Comercio y demás legislación que le sea aplicable...”*

A la vista de lo anterior entendemos que queda suficiente mente claro, que la LPI establece “control de las operaciones sometidas a la remuneración”, así como por el ámbito que la ley de auditoría da a tal función, los deudores no deben presentar la documentación exigida en una censura de cuentas, sino la s que afect en exclusivamente a la remuneración. No se pueden alegar por las razones expuestas, razones de técnica contable o auditora para pretender más que lo estrictamente necesario, para conseguir los fines establecidos en la ley.

Por último y en esta materia nos queremos referir al alcance liberatorio que tiene la actuación de una entidad de gestión, en la materia de verificación que nos ocupa, en relación con el deudor y el comportamiento del resto de las entidades de gestión.

En efecto, no puede sostenerse la circunstancia en su día bastante frecuente, de que una vez realizada la verificación por una entidad de gestión, acudía otra del mismo bloque, y pretendía de nuevo reiterar esa verificación. Esto es una incongruencia no sólo desde el punto práctico o de incomodidad para el deudor, sino también desde el punto de vista de la seguridad jurídica como apuntamos anteriormente.

Por tanto los deudores siempre trataron de fijar claramente que la actividad de la entidad de gestión, tenía alcance liberatorio o de extinción de la obligación. Recordemos a estos efectos, que dentro de la clasificación de las obligaciones que realiza el art. 1088 del Código Civil, la que impone a los deudores el apartado 21 del

art. 25 de la LPI es una obligación de “hacer”, en concreto “facilitar los datos y documentación necesarios para comprobar...”

Por otra parte el art. 1156 del C.c. establece que “Las obligaciones se extinguen: por el pago o el cumplimiento” El art. 1157 del mismo cuerpo legal establece “*No se entenderá pagada una deuda sino cuando completamente se hubiese entregado la cosa o hecho la prestación en que la obligación consistía*”. Y por último el art. 1162 del mismo Código establece algo especialmente relevante a los efectos que nos ocupa: “*El pago deberá hacerse a la persona en cuyo favor estuviese constituida la obligación, o a otra autorizada para recibirla en su nombre*”.

De la combinación de los artículos anteriores, que recogen la teoría general del derecho patrio en el cumplimiento de las obligaciones, podemos deducir, que para que el deudor de una obligación quede liberado de la misma, es necesario el cumplimiento completo de la misma y a la persona en cuyo favor estuviese constituida.

Comparando esta doctrina jurídica básica, con la situación generada por el art. 25 de la LPI, vemos como ante el deudor aparecen varios acreedores, que ante la incapacidad de ponerse de acuerdo en los cauces que la propia ley les atribuye, o en cualquier otro, exigen el cumplimiento de la totalidad de la prestación aunque sólo les corresponda una parte alícuota de la misma. Esto produjo que el hecho de poner a disposición de una entidad de gestión la documentación correspondiente a un porcentaje de la deuda, puede parecer una actitud obstruccionista, en incluso incoherente. Sin embargo ¿hay algo más coherente que cumplir con quien realmente ostenta la titularidad de la obligación a la vista de los preceptos anteriores? ¿Puede una entidad de gestión dar algún documento liberatorio al deudor por la totalidad de la obligación, que le garantice el resto de las entidades del mismo bloque no reclamarán la parte que les corresponda? Evidentemente no. Es claro que si a efectos de pago, cada entidad de gestión sólo puede “liberar” por la parte que le corresponde, a efectos de comprobación ocurre lo mismo. No tendría sentido que la obligación accesoria tuviera reglas de cumplimiento liberatorio, diferente a la obligación principal.

La conclusión a estos efectos es, a nuestro juicio, que la seguridad jurídica del deudor exigía, que en el caso de ser requerido para ser comprobado, podría exigir a la entidad de gestión que lo solicite, que le acredite tener mandato o representación del resto de entidades del mismo bloque, de suerte que la actuación de la misma tuviera efectos liberatorios, respecto a las demás. En caso contrario el deudor deberá limitar el cumplimiento de obligación, y el aporte de datos a la parte alícuota de deuda que le corresponda, a la entidad solicitante, en base a la factura en su día girada por la misma.

-Disposiciones Transitoria 4ª:

Para finalizar con el análisis de esta extensa ley, hay que hacer una breve referencia a la Disposición Transitoria 4ª, que se limita simplemente a indicar que, el cálculo de la remuneración compensatoria correspondiente al período comprendido entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 1994, se realizaría con arreglo a lo dispuesto en la normativa anterior, es decir la ley 20/1992 y el RD 1434/1992.

No podía ser de otra forma. La nueva Ley se aprueba en el mes de diciembre y es a partir de ese momento cuando puede empezar a aplicarse en nuevo sistema de autoliquidación. Por tanto hubo una última Resolución Mediatora que se dictó en el año 1995 y que no tuvo transcendencia alguna, limitándose a realizar imputación de cantidades, máxime cuando ya se sabía que era un régimen a extinguir.

2.4.2. Breve referencia a las consecuencias de la aplicación de la ley:

Es necesario reconocer que el texto legal que hemos comentado en este epígrafe, sin duda supuso un avance importante respecto al anterior, en coherencia, practicidad, rigor jurídico y eficacia.

A pesar de las posibles críticas que hemos apuntado, e incluso la posible inconstitucionalidad de alguna de las obligaciones accesorias, no cabe duda que esta norma trajo unas consecuencias mucho más positivas que las anteriores. En efecto el nivel de fraude disminuyó de manera importante, sin llegar a desaparecer, cosa que por otra parte nadie esperaba. La gestión, a pesar de la carga burocrática que suponía para las empresas, fue mejor acogida que el sometimiento a un proceso artificial que nadie quería.

Seguramente esta positiva eficacia de la norma, y su mayor racionalidad en la aplicación, ha sido lo que ha motivado que este sistema, se haya mantenido vigente hasta nuestros días, y que las dos únicas novedades legislativas posteriores a la ley 43/1994, sean por un lado un mero ajuste sistemático mediante la publicación de un texto refundido y por otro lado una importante reforma de profundo calado doce años más tarde, como consecuencia del paso de tecnología analógica a la digital. Pero aún incluso en este último supuesto, permanecieron vigentes algunos aspectos procedimentales como la autoliquidación, sistema de pago, etc... como posteriormente veremos.

Esta ley supuso la primera reforma, en la que el legislador no pensó sólo en la eficacia recaudatoria de la misma, sino también en la defensa de los intereses del deudor que, cumpliendo con la ley, obtenía además el “castigo” de sufrir una competencia desleal, por parte de los que incumplían la ley. Es decir en lugar de obtener un premio o ventaja por su leal comportamiento, eran sancionados con el desajuste del mercado. Pues bien algunas de las medidas del articulado estaban pensadas y dirigidas a paliar esta situación. Aunque en el fondo, el arreglo de esta situación también favorecía a los titulares de derecho de autor, que veían incrementada su recaudación. Estamos convencidos que esa ciertamente no destaca “amplitud de miras”, contribuyó decisivamente a los positivos efectos de la reforma, así como a que el sistema instaurado por la misma haya sido plenamente operativo, hasta fecha muy reciente.

2.5 REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/1996 DE 12 DE ABRIL, POR EL QUE SE APRUEBA EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL, REGULARIZANDO, ACLARANDO Y ARMONIZANDO LAS DISPOSICIONES LEGALES VIGENTES SOBRE LA MATERIA

Pocos comentarios merece la norma del epígrafe pues tan sólo tiene un alcance sistemático, sin alterar para nada la normativa establecida por la ley 43/1994, anteriormente comentada.

En efecto, como hemos visto, con posterioridad a la Ley de Propiedad Intelectual de 1987, se habían publicado un conjunto de normas que modificaron de manera sustancial su contenido. No sólo en el ámbito de la institución que nos ocupa, sino en otros aspectos, como los de derechos de alquiler y préstamo, protección jurídica de programas de ordenador, etc...

Asimismo por Disposición Final Segunda de la Ley 27/1995 de 11 de octubre, de incorporación al Derecho Español de la Directiva 93/98/CEE del Consejo de 29 de octubre, relativa a la armonización del plazo de protección del derecho de autor y determinados derechos afines, se autorizó al Gobierno para que, antes del 30 de junio de 1996, aprobara un texto que refundiese las disposiciones legales vigentes en materia de propiedad intelectual, regularizando, aclarando y armonizando los textos que hubieran de ser refundidos.

En base a esa habilitación legal se procedió a la aprobación y publicación del Texto Refundido arriba indicado, y que nos limitamos a citar, pues en lo que al artículo 25 y 31 se refieren no suponen cambio, siendo una reproducción literal, del texto del año 1994, cambiando tan sólo algunos de los números de los artículos a los que se

realiza alguna remisión normativa, derivado del ajuste numérico, pero sin alterar en nada el texto.

Tan sólo de stacar, la Disposición adicional tercera, que permite la revisión de las cantidades del artículo 25.5, cuando establece que:” *Se faculta a los Ministerios de Cultura, de Industria, Comercio y Turismo para adecuar cada dos años, las cantidades establecidas en el artículo 25.5 de esta ley a la realidad del mercado, a la evolución tecnológica y al índice oficial de precios al consumo*”.

Este principio de revisión no estaba recogido en la ley 43/ 1994, si bien podía considerarse vigente en aplicación de lo previsto en ley 20/1992 que en esta materia no fue derogada. En este sentido sí se puede considerar una aportación del Texto refundido. No obstante, y como ya hemos indicado en otro apartado, no tuvo transcendencia alguna pues nunca fue aplicado, y los Ministerios correspondientes nunca hicieron uso de esa facultad.

CAPÍTULO 3.- NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO DE COPIA PRIVADA

3.1 INTRODUCCIÓN

3.2 LA COPIA PRIVADA: LÍMITE O EXCEPCIÓN.

3.3 LIMITE VERSUS DERECHO DEL USUARIO

3.4 LIMITE COPIA PRIVADA EN EL ENTORNO DIGITAL

3.5 DEFINICIÓN LEGAL DE COPIA PRIVADA.

3.1 INTRODUCCIÓN

Si tradicionalmente el análisis, y en algunas ocasiones controvertido debate, sobre la naturaleza jurídica de un derecho o institución tiene una evidente trascendencia, en el caso de la copia privada y su correlativo derecho de remuneración compensatoria, este debate y análisis es absolutamente determinante para las consecuencias del ejercicio y práctica de tal derecho. Dicho en otros términos, si bien otras instituciones jurídicas por su proximidad o por la claridad de su contenido provocan pocos debates, y el análisis de su naturaleza jurídica es tan pacífico que se limita a un alcance científico, en el caso que nos ocupa ocurre justamente lo contrario, pues junto al alcance científico existe todo un correlativo de consecuencias prácticas, de indudable contenido económico.

Es preciso delimitar por tanto algo que es importante, y que generalmente se suele mezclar y confundir, pues a mi juicio hablamos de dos instituciones jurídicas diferenciadas, aunque una sea consecuencia de la otra, o mejor dicho una no podría vivir sin la otra; pero insisto son dos instituciones diferentes, que tuvieron un origen en diferente tal y como hemos visto en el capítulo anterior. Por un lado está la copia privada, y por otro el derecho a remuneración compensatoria por copia privada o compensación equitativa, según expresión de nuevo cuño elaborada por la directiva 2001/29/CE, que tiene un alcance que va más allá de lo terminológico, como veremos más adelante en un apartado específico.

Nótese bien que he hablado de "copia privada", y no de "derecho de copia privada". Ello es por mantener al menos de momento una neutralidad analítica en torno a uno de los principales debates en esta materia, como es el relativo a si la copia privada es un derecho del usuario, o bien un límite al tradicional derecho de autor.²⁴

²⁴ BELLOSO MARTIN, N (2001): " Los derechos de autor en la sociedad tecnológica:

La consecuencia del reconocimiento de la existencia de la copia privada es la necesidad que surge de compensar el resultado de la misma, entendido tradicionalmente como un perjuicio para el autor, de ahí que se haya acuñado el reconocimiento de la "remuneración compensatoria del derecho de copia privada", aunque popularmente y de manera abreviada se hable exclusivamente de "copia privada", o en una simplificación aún mayor del "canon por copia privada", expresión esta que tiene todas las ventajas de la síntesis, pero todo el inconveniente de reflejar sólo una parte del problema.²⁵

Que el público en general, dado que nos encontramos ante un fenómeno que en los últimos años ha calado mediáticamente de manera extraordinaria, hable de canon por copia privada, no nos tiene que hacer perder la adecuada visión técnica de que nos encontramos ante dos fenómenos: uno "el derecho de copia" y otro la

contenido, tutela y límites". En la obra colectiva dirigida por MATA Y MARIN, RM: y coordinada por JAVATO MARTIN, A M^a: "La propiedad intelectual en la era digital. Límites e infracciones a los derechos de autor en internet". Madrid. La Ley. Pag 113:: " Precisamente, una constante tradicional en la legislación de los distintos estados ha sido la de intentar conseguir un equilibrio entre los derechos exclusivos de los autores sobre sus obras y los intereses de la sociedad en general en el acceso a las mismas, cumplimentados estos últimos a través de un régimen de limitaciones o excepciones. El desarrollo de la tecnología digital ha hecho necesarias ciertas modificaciones tendientes a la consecución del equilibrio de intereses, viéndose obligado el legislador en numerosas ocasiones a un cierto reajuste en el régimen de las limitaciones o excepciones al derecho de autor.

²⁵ Caubajo Gascon, Fernando (2008). Madrid. "Copia Privada y compensación equitativa". Noticias de la Unión Europea num 286. Pag 42, nota 81.: "El termino canon es una expresión vulgar o coloquial, que resulta dura o malsonante, y cuya utilización en sede de derechos de autor, traslada erróneamente a la sociedad (probablemente de forma interesada) la idea de que se trata de un impuesto o una tasa pública, ocultando así la verdadera naturaleza y justificación de la compensación equitativa".

compensación de su consecuencia/perjuicio "remuneración compensatoria por copia privada".

Deliberadamente estoy utilizando expresiones que no son pacíficas, o al menos en la evolución de esta institución jurídica ha tenido matices sin duda de gran calado, que han afectado a su propia naturaleza jurídica. De hecho he utilizado para las dos instituciones comentadas las expresiones originarias que, insisto, no se mantienen en la actualidad, y que nos permitirán en los apartados siguientes, profundizar en los dos aspectos que sin duda van a contribuir a la delimitación jurídica de la institución que nos ocupa:

- a) ¿Nos encontramos ante un derecho de copia privada o ante un límite al derecho de autor?
- b) La consecuencia de la reparación del presunto daño, ¿es una "remuneración compensatoria" o se trata de una "justa compensación" por el daño causado?

La respuesta a estas dos preguntas, será determinante para fijar claramente nuestra posición ante el fenómeno planteado, en el bien entendido como indicábamos en un principio, que nos encontramos ante un tema que va más allá de una cuestión técnico jurídica, pues como veremos y como suele pasar en no pocas instituciones jurídicas, las cuestiones científicas se traducen posteriormente en decisivas consecuencias prácticas económicas, como en las líneas siguientes tendremos oportunidad de comprobar. Analicemos por tanto detenidamente estos dos puntos.

3.2 COPIA PRIVADA: LÍMITE O EXCEPCIÓN

Es frecuente el uso indistinto de estas dos expresiones en el ámbito del

derecho de autor aunque tradicionalmente han tenido desde un punto de vista doctrinal alcance, y diferente transcendencia como veremos a continuación.

En efecto, las excepciones son límites que la propia legislación del derecho de autor establece para permitir determinados actos, realizados por terceros, que si no estuvieran permitidos por la ley, serían constitutivos de una violación del derecho de autor.

Este concepto de excepción, se contraponía al principio anglosajón del “*fair use* o *fair dealing*”, que permite que terceros puedan hacer actos en relación con las obras protegidas, no tanto porque así lo especifique una ley, como por su razonabilidad cuando concurren determinadas circunstancias.

Aunque en nuestro Derecho predomina la teoría de la excepción frente a la del *fair use*, algún pronunciamiento jurisprudencial curiosamente se ha preocupado de definir el *fair use*, y los requisitos para la aplicación de esa doctrina. En efecto la Audiencia Provincial de Zaragoza en Sentencia de 2 de diciembre de 1998 en el caso Universidad de Zaragoza, en su Fundamento 2º declara lo siguiente: “Lo que en doctrina anglosajona se ha definido como *fair use*-uso leal-, esto es, un privilegio otorgado al público en general para utilizar de manera razonable una obra protegida por la propiedad intelectual sin el consentimiento de su propietario, a pesar del monopolio que le corresponde sobre su obra, conforme a lo cual, para determinar si el uso de una obra en un caso concreto es leal y, por consiguiente, constituye una excepción lícita al derecho de reproducción, es necesario tomar en consideración los cuatro factores siguientes: 1º destino y carácter del uso y, principalmente, la naturaleza comercial de aquél o su destino a fines no lucrativos, 2º La naturaleza de la obra protegida; 3º, El volumen y la importancia de la parte utilizada con relación al conjunto de la obra protegida; y 4º La influencia del uso sobre el mercado potencial de la obra protegida o sobre su valor, especificándose en aquel Derecho que, con relación al primer elemento opone a fines comerciales, a “fines educativos y no lucrativos”; con relación al segundo se añade que el interés público puede entrar en

consideración en lo que se refiere a la libre circulación de obras de información, pero para las obras de distracción debe predominar el interés de los autores; y con relación al tercer criterio se afirma que el volumen de la obra no puede ser invocado cuando se trata de reproducción de obras enteras o de su mayor o más importante contenido”.

Curioso y exhaustivo análisis de la Audiencia de Zaragoza de una institución jurídica más propia del *Common Law* anglosajón y contrapuesta al sistema continental más partidario de las excepciones básicas. “*En los sistemas anglosajones el fair use significa que el legislador parte como premisa fundamental de la necesidad de conseguir un equilibrio entre el derecho exclusivo y los derechos de terceros. Por el contrario, en el sistema continental europeo el punto de partida y centro del sistema es el derecho exclusivo del autor, de manera que los denominados “límites” están constituidos por excepciones al derecho de autor.*”²⁶.

Por otro lado el sistema continental, parte del principio básico del derecho exclusivo del autor, de suerte que los denominados límites son excepciones, que al establecerse como tales por la ley para supuestos concretos, son por tanto objeto de interpretación con criterio restrictivo.

Por consiguiente, este sistema reduce los límites del derecho de autor al enunciado de una serie de excepciones muy tasadas, para casos concretos y establecidos en la propia ley. Este planteamiento es el que ha sido recogido claramente en los Convenios Internacionales y en las Directivas Comunitarias. En efecto, el Convenio de la Unión de Berna en su art. 9.1 junto al famoso criterio del “triple test” para los posibles límites al derecho de autor, establece como primer factor de ese triple test, que la limitación se establezca para “determinados casos especiales”. Es decir por tanto, que las limitaciones al derecho de autor debe referirse exclusivamente a “casos especiales”, esto es a excepciones legalmente establecidas que además deben respetar los otros dos criterios del triple test, es decir que la

²⁶ BERCOWITZ , A. (2006) Op. Cit. Pag88

excepción que se establezca no pueda atentar a explotación normal de la obra, ni causar perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.

Por tanto el carácter restrictivo de las excepciones, viene marcado no sólo por el hecho de limitarse a casos tasados por la ley, sino que estos deben interpretarse además con arreglo a los criterios indicados anteriormente.

Este es el sistema que ha acogido nuestro ordenamiento jurídico en el TRLPI en el Título III, Capítulo II arts. 31 a 40 bis. que bajo el epígrafe Límites, enumera los casos concretos de las excepciones, finalizando con el indicado al art 40 bis que enumera los criterios interpretativos antes aludidos del triple test²⁷

No olvidemos que la copia privada, viene reflejada dentro de este Capítulo en el art.31 apartado 1,2º bajo el epígrafe “Reproducción sin autorización” y al que nos referiremos en el apartado siguiente. Es evidente que nuestro legislador se acoge al sistema continental de límites, que son excepciones restrictivas a la limitación que se impone al derecho exclusivo de autor.

La Directiva europea 2001/29/CE en su art 5 utiliza una terminología única bajo el epígrafe “Excepciones y Limitaciones”; no obstante de la lectura del artículo, fácilmente se deduce que nos encontramos ante el sistema continental de excepción, pues no otorga una facultad genérica sujeta al cumplimiento de unos requisitos, sino que en lo relativo a la copia privada, fija claramente los supuestos y las condiciones, que deben cumplirse para que la excepción pueda aplicarse. En concreto se establece en el apartado 2 del citado artículo lo siguiente:” *Los Estados miembros podrán establecer excepciones o limitaciones al derecho de reproducción contemplado en el*

²⁷ TRPLI 1996: ART 40 BIS: “disposición común a todas las del presente capítulo”. “los artículos del presente capítulo no podrán interpretarse de manera tal que permitan su aplicación de forma que causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o que vayan en detrimento de la explotación normal de las obras a que se refieran”.

art 2 en los siguientes casos:

- a) En relación con reproducciones sobre papel u otro soporte similar en las que se utilice una técnica fotográfica de cualquier tipo u otro proceso con efectos similares, a excepción de las partituras, siempre que los titulares de los derechos reciban una compensación equitativa.*
- b) En relación con reproducciones en cualquier soporte efectuadas por una persona física para uso privado y sin fines directa o indirectamente comerciales, siempre que los titulares de los derechos reciban una compensación equitativa, teniendo en cuenta si se aplican o no a la obra o prestación de que se trate las medidas tecnológicas previstas en el artículo 6.”*

Por último hay que indicar, que hay autores que distinguen entre límites y excepciones, si bien no s parece una distinción muy sutil, que no aporta demasiado al debate que comentamos.²⁸

3.3 LIMITE VERSUS DERECHO DEL USUARIO

²⁸ LOPEZ SANCHEZ, C (2008): “La utilización de una obra intelectual a favor de personas con discapacidad”. En la obra colectiva coordinada por MORENO MARTINEZ, J.A.: “Límites a la Propiedad Intelectual y Nuevas Tecnologías”. Madrid. Dykinson. Pág 241.” Si procediéramos con mayor detalle deberíamos a su vez diferenciar entre las excepciones y las limitaciones... De modo que estaríamos ante una excepción en aquellos casos en los que se utiliza una obra ajena sin necesidad de previo consentimiento del autor ni de pagarle remuneración alguna, es decir, cuando se utilice de forma gratuita. Mientras que la limitación se refiere a aquellos usos que aunque tampoco requieren de autorización previa por parte del autor, al menos sí le dan derecho al cobro de una remuneración por el uso realizado no autorizado voluntariamente”.

Una de las razones por las que hemos creído oportuno profundizar, en el aspecto de la copia privada como un límite al derecho de autor, es porque es el fundamento de su naturaleza jurídica, como más adelante veremos. En efecto si no se admitiera que el derecho de autor puede sufrir excepciones en determinados supuestos no podría existir la copia privada.

Lo dicho anteriormente, ya sería una buena razón para tratar con detenimiento esta materia, al constatar su propia razón de ser, pero por otra parte es necesario hacer algunas precisiones, para evitar un uso absolutamente torticero de este carácter limitativo, en detrimento del usuario, que ejerce un derecho de copia que la propia ley le reconoce.

En efecto, se ha afirmado con frecuencia que el art.31.2 otorga al usuario, una auténtica facultad para hacer reproducciones de obras, siempre y cuando cumpla los requisitos que el citado artículo establece. En efecto el texto legal dice *“No necesita autorización del autor la reproducción.....cuando se lleve a cabo por persona física para su uso privado....”*. En definitiva si el usuario que cumpla todos los requisitos del art.31, no necesita la autorización del autor cuando lo realice para su uso privado, es evidente que tiene la facultad de efectuar esa reproducción. Es decir la ley le autoriza a copiar, con determinados requisitos, y sin perjuicio de la compensación que se establece en el art. 17.2 del mismo cuerpo legal. Se trata clarísimamente de una auténtica “licencia legal” remunerada,²⁹ y por tanto de una auténtica facultad del

²⁹ SERRANO GOMEZ, E: Op. cit. Pag. 85: “Es por ello, que la regulación de la remuneración por copia privada no concuerda con las posiciones doctrinales que defienden en su causa es la responsabilidad objetiva por ilícito civil. Por el contrario, se trata de una especie de licencia legal forzosa que sustituye la autorización individual por carecer el autor de cualquier control sobre ella”

usuario que utiliza esa licencia.³⁰ No obstante no se trata de una cuestión pacífica en la doctrina. Así ha habido autores que se han manifestado a favor, de considerar la copia privada como un derecho del usuario.³¹ Asimismo han existido posiciones doctrinales contrarias, que claramente niegan la condición de derecho subjetivo a la copia privada.³² Y ³³

³⁰ SANCHEZ ARISTI. Op. cit. pag 12. "La copia privada no entra en competencia con la explotación normal de la obra llevada a cabo por el titular de los derechos....sobre todo porque para evitar todo perjuicio está diseñado el derecho de remuneración compensatoria del art.25 de la LPI. Se respetan de este modo las premisas sentadas en la clausula general del art.40 bis de la LPI".

³¹ TATO PLAZA, A : Op. cit. pag 24:" Confirma la copia privada como un autentico derecho subjetivo susceptible de protección jurisdiccional. Dicho de otra forma, el legislador no sólo ha previsto la copia privada como límite a los derechos de autor. Una lectura detenida de la Ley de Propiedad Intelectual nos permite afirmar que ésta reconoce un derecho subjetivo de quien accede legítimamente a la obra protegida a realizar una copia para uso privado".

³² SERRANO CAÑAS, J.M.: Op.cit. pag 59:" En suma, de la regulación contenida en la Directiva se pueden extraer como conclusiones que efectivamente se trata de una excepción a un derecho exclusivo de autores y otros titulares de derechos, o dicho de otra manera, que no se trata de un derecho del usuario".

³³ CABEDO SERNA, LL. : Op. cit.Pag 73: "En definitiva, la copia privada sigue siendo una excepción o límite al derecho del autor y no un derecho del consumidor. Ahora bien, sí debe afirmarse que la copia privada constituye una "expectativa legítima" para los usuarios. Y el mismo autor y obra en Pag.77: "... los consumidores consideran iguales los derechos de los autores y de los consumidores. Sin embargo, a nuestro juicio, no podemos afirmar que estemos ante dos derechos iguales. Los consumidores no tienen derecho a la copia privada sino que la ley les permite realizar copias privadas siempre y cuando se respeten ciertas condiciones legales...".

La doctrina ha venido clasificando las excepciones al derecho de autor en *absolutas* por un lado, que son excepciones en sentido estricto, que permiten el uso de la obra protegida de manera gratuita. Y por otro en supuestos de *licencia legal*, que permite el uso no autorizado en principio, pero imponiendo a favor del titular del derecho de autor, el pago de una remuneración económica por ese uso no autorizado voluntariamente. En este sentido es claro Buendía Román cuando dice: “ *El derecho por remuneración por copia privada supone una licencia legal, o sea, una autorización concedida por la legislación de propiedad intelectual para utilizar una obra protegida de una manera determinada y en determinadas condiciones*”.³⁴

Pues bien es evidente que la copia privada es una excepción no absoluta, al permitir el uso de copia con determinados límites y mediante el pago de una compensación. A tal efecto es oportuno traer a colación el Considerando 38 de la Directiva 2001/9/CE cuando dice: “*Debe facultarse a los Estados miembros para que establezcan una excepción o limitación al derecho de reproducción en relación con determinados tipos de reproducción de material sonoro, visual o audiovisual para uso privado mediante una compensación equitativa...*”. El texto del considerando junto con otros correlativos en términos parecidos, no dejan lugar a dudas de lo que estamos afirmando.

En efecto estamos ante un límite al derecho de autor, pero precisamente por esa misma razón, y porque el usuario cumple con lo establecido para ese límite: compensación económica y uso en determinadas condiciones, nos encontramos ante una facultad o derecho del usuario que hace uso de esa licencia legal. No se comprende por tanto el interés de algunos sectores que, tratando de enfatizar el carácter de límite de la copia privada, pretenden limitar las facultades de copia autorizada por la ley al usuario, bajo la perspectiva del carácter restrictivo de la excepción, en lo que constituye un auténtico sofisma, pues precisamente por ser una excepción restrictiva la licencia legal, es más clara como hemos visto anteriormente,

³⁴ VALLÉS RODRIGUEZ M. (1997).: Op.cit. Pag 536.

esa facultad del ejercicio de lo que podríamos llamar el “derecho a copia”.³⁵

Sólo un deseo deliberado de generar confusión, puede negar algo tan evidente, como que a la obligación que más adelante veremos con detalle, al estudiar el concepto legal de copia privada, de que la copia sea para uso exclusivo del copista, de obra adquirida legalmente, etc... y siendo el titular de la obra acreedor a una compensación económica, se cuestione el correlativo derecho del usuario a realizar cuantas copias pueda eso sí con los límites previstos. No podemos entender cómo se rechaza que se hable de un auténtico derecho del usuario a copiar, derivado de la autorización que da ley, y que se trata por tanto de copia legal. No podemos entenderlo desde la perspectiva del rigor jurídico, sin embargo y lamentablemente es comprensible cuando en el debate se introducen factores interesados de clara distorsión jurídica

3.4 LIMITE COPIA PRIVADA EN EL ENTORNO DIGITAL

Es necesario en este punto ya avanzar algún comentario sobre el entorno digital, y como incide en la copia privada. En un principio ya indicamos, y aunque ello sea adelantarnos a las conclusiones, que la copia privada que fue concebida en un entorno tecnológico analógico, se ha visto encajada de una manera forzada en el entorno digital.

Dicho en otros términos, no se ha querido renunciar a la institución de la copia

³⁵ GONZALEZ DE ALAIZA, JJ (2006) Granada. La copia privada. Sus fundamentos y su tratamiento en el entorno digital. Comenes, pag 121.” El control de las copias que puedan realizarse de las obras protegidas resulta posible en el ámbito público (copisterías por ejemplo), es más difícil en lugares semipúblicos (oficinas de una empresa o de la Administración) y casi imposible en la esfera doméstica.

privada, por las clarísimas ventajas económicas y facilidad en la gestión de su recaudación, y lo que se ha optado es por “reconvertir” la institución, realizando los oportunos ajustes para adaptarla a la nueva realidad tecnológica, con las dificultades y distorsiones que ello puede producir. La aparición de la regulación de las medidas tecnológicas de protección, tanto en la Directiva como en el posterior desarrollo de nuestro ordenamiento interno, sin duda es un claro ejemplo de esa necesidad de adaptación. No obstante no han dejado de existir autores, que consideran tales medidas tecnológicas no son un obstáculo a la copia privada. En este sentido se pronuncia LOPEZ RICHART³⁶

En efecto la propia Directiva 2001/29/CE en su Considerando 38 establece que: “.... La copia privada digital puede propagarse mucho más y tener mayor impacto económico.”, por lo que añade en el citado Considerando: *“deben tenerse en cuenta las diferencias entre copia privada digital y la analógica, y deben establecerse entre ellas una distinción en determinados aspectos.”*

Es lógico que la Directiva se preocupase de la necesidad de establecer una distinción regulatoria entre ambas modalidades de copia. En efecto la copia analógica se caracterizaba por la falta de control, dada la dificultad que existía de establecer mecanismos tecnológicos adecuados para ese control.

Esto justificaba unos cánones fijos tanto en la recaudación como en la estimación del daño. Todo ello a pesar de estudios económicos y de hábitos de uso, que demostraban que capacidad e idoneidad de los equipos o soportes, no siempre suponían un daño automático.

³⁶LOPEZ RICHART, J. (2008): “La copia privada ante los desafíos de la tecnología digital”. En la obra colectiva coordinada por MORENO MARTINEZ, J.A.: “Límites a la propiedad Intelectual y nuevas tecnologías”. Madrid. Dykinson. Pág.184: “Sin embargo en el estado actual de la Tecnología la posibilidad de impedir la reproducción para uso privado es puramente teoría, porque ninguno de los sistemas conocidos hasta la fecha ha resultado ser inexpugnable con lo que subsiste la razón fundamental que llevó a consagrar la licitud de la copia privada”.

Ello era así por varias razones: en primer lugar, porque una obra copiada no siempre implicaba la dejación de compra de un original en el caso de efectuar la copia³⁷. En efecto la copia podía utilizarse para determinadas funciones, cuya realización no daña ni perjudica a los titulares, y para cuya satisfacción, dudosamente el usuario acudiría a la compra de un original adicional. Nos estamos refiriendo a lo que en la terminología anglosajona se conoce como “time-shifting”, “space-shifting”, “device-shifting” o “samplig”. Todas ellas manifestaciones de grabaciones diferidas para oír las o verlas en otro momento o lugar diferente de aquel en que se encuentra el original.

En segundo lugar, la falta de control impedía la cuantificación del daño, y llevaba a la conclusión que era imposible determinar cuánto podrían aumentar las ventas de obras protegidas por el derecho de autor, si no se realizara la copia privada.

Pues bien, el panorama cambia con la aparición de la tecnología/copia digital, que permite dos cosas: por un lado circular por la red y por otro establecer medidas de control, que a su vez facilita el uso de la obra así como la limitación de acceso. Es decir son medidas de control y al mismo tiempo de protección.

Otro aspecto a destacar, es que esa facilidad para el control también se traduce en una facilidad para cómputo y estimación del daño. Veremos más adelante como el nuevo régimen de la institución, creado al amparo de la Directiva 2001/29/CE, establece que la copia privada es una justa compensación (fair compensation), por lo que no cabe hablar de remuneración compensatoria, sino de compensación equitativa. No cabe duda que el nuevo entorno tecnológico, ha favorecido ese nuevo enfoque, que por su importancia merece un tratamiento separado en otro apartado.

³⁷ SÁNCHEZ ARISTI, R. Op.cit. Pag 175: “Sin embargo todo apunta a que no hay una linealidad perfecta entre el número de copias privadas efectuadas y el número de copias no privadas dejadas de comercializar”.

Hay quien incluso ha propugnado a la vista del nuevo entorno, la desaparición de la institución de copia privada, de conformidad con lo establecido en su día para el software y las bases de datos electrónicas, que ni siquiera en el ámbito analógico admiten copia privada. Sin embargo no ha sido así y como apuntábamos en un principio lo que se ha producido es una “reconversión” de la institución, con una regulación de las medidas tecnológicas de protección con los matices que veremos en el epígrafe correspondiente.

3.5 DEFINICIÓN LEGAL DE COPIA PRIVADA

Antes de seguir adelante, creo que debemos analizar la definición legal de copia privada que da nuestro ordenamiento jurídico en el art. 31.2 de la Ley 23/2006 de 7 de julio, por la que se reforma el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996 de 12 de abril (en adelante LPI) y que dice:

“No necesita autorización del autor la reproducción, en cualquier soporte, de obras ya divulgadas cuando se lleve a cabo por una persona física para su uso privado a partir de obras a las que haya accedido legalmente y la copia obtenida no sea objeto de utilización colectiva ni lucrativa, sin perjuicio de la compensación equitativa prevista en el artículo 25, que deberá tener en cuenta si se aplica a tales obras las medidas a las que se refiere el artículo 161. Quedan excluidas de lo dispuesto en este apartado las bases de datos electrónicas y, en aplicación del artículo 99.a), los programas de ordenador.”

Veamos por tanto los elementos de esta definición legal:

-En primer lugar nos indica el legislador la **no necesidad de la autorización**

del autor³⁸ para que en determinadas condiciones, que se indican a continuación, el usuario pueda realizar copias de obras protegidas por el derecho de autor. Nótese, y en la legislación anterior tenía aún más énfasis, que el autor no es consultado en ningún momento sobre este extremo, se produce como ha indicado algún sector de la doctrina una auténtica "expropiación del derecho de autor", que no es libre de introducir límite legal alguno a este respecto, estando obligado a aceptarlo por imperativo legal. Lo único que hace la ley es prometerle una compensación económica por esa expropiación. No es de extrañar que, siguiendo con esa similitud del derecho de propiedad tradicional, se haya calificado por el sector doctrinal antes aludido a la remuneración compensatoria "el justiprecio" del derecho de autor por copia privada.

Creo que es necesario en este momento dejar al menos constancia que este principio que, como hemos visto antes, tiene su origen en Tratados de la OMPI y otros Tratados Internacionales, y que el legislador español introduce por primera vez en el texto de la Ley de Propiedad Intelectual de 1987, no es ni mucho menos pacífico en el colectivo que pretende proteger. En efecto son muchos los titulares de derechos de autor, que han manifestado su discrepancia con el mismo, por entender que en definitiva lo que se estaba produciendo es la concesión de una "licencia genérica" al usuario, legalizando un fenómeno como es la copia de obra original, que hasta el momento de publicación del primer texto legal estaba perseguido.

Dicho en otros términos, y en conexión con lo apuntado al hablar de límites y excepciones, son muchos los titulares del derecho de autor, que desearían que no existiera esta excepción de la copia privada, por considerar que la remuneración

³⁸ ÁLVAREZ ÁLVAREZ, A. H. (2008): "Aspectos jurídicos de las descargas en internet". En la obra colectiva coordinada por GARCÍA PÉREZ y LOPEZ SUAREZ, M.A. "Nuevos retos para la Propiedad Intelectual. Coruña. Universidad de la Coruña Servicio de Publicaciones. Pag.120 Cuando se refiere a **"la autorización del autor"**, hay que considerarla extensible también a los "demás titulares de derechos afines a los derechos de autor", por haberlo considerado así reiterada jurisprudencia y la doctrina.

compensatoria que obtienen, es un mal menor, y que su deseo sería la obtención de remuneración de su obra original. Para ello el uso de las medidas tecnológicas de protección, podría ser la solución adecuada a sus intereses.

Lo cierto es que desde que surgen los primeros productos analógicos, que permiten la copia de producciones audiovisuales (casetes y videocasetes), y las producciones literarias (fotocopiadoras), surgió la necesidad de proteger la producción original del fenómeno de la copia, que sin duda podía afectar a su rentabilidad económica. Dos son los sistemas que más comúnmente se desarrollaron unidos a las dos familias tradicionales del derecho: el *common law* anglosajón y el Derecho Continental.

El primero propiciaba el sistema de licencia y el segundo el de copia privada. El primero se basaba en un respeto absoluto, sin excepción alguna al derecho de autor, exigiendo para cada acto de copia una autorización expresa del autor, al tiempo que consideraba una vulneración de tal derecho, incluso como ilícito penal, la realización de copias sin autorización.

El segundo como hemos visto, ante la imposibilidad de controlar un fenómeno de copia amplio e indiscriminado, legalizaba el supuesto hecho ilícito, con una licencia genérica que llevaba aparejada una compensación económica por esa autorización, a favor de los que habían creado la obra original.

Pues bien existían titulares de derecho de autor, que no estaban de acuerdo con este sistema, y preferían prohibir las copias de cualquier naturaleza de sus obras, incluso persiguiendo a los autores materiales de la misma de manera coercitiva. Con ello lo que queremos dejar de manifiesto, es que ni siquiera en la colectividad beneficiaría de la institución, la cuestión es pacífica y generalmente aceptada. El argumento básico de los que estaban en contra de esta corriente, y a favor de la copia privada, era que no existían sistemas tecnológicos de protección que pudieran garantizar un control sobre este fenómeno. Es decir que incluso aquel autor que no

quisiera dar esa licencia genérica, no tenía medios técnicos para controlar la copia de su obra, de ahí que la ley estableciera esa licencia. Esta afirmación que sin duda podría tener sentido en el ámbito de los productos analógicos, no tiene sentido con los nuevos productos digitales.³⁹

-El segundo elemento de la definición legal hace referencia a la acción de copia privada considerando como tal "la reproducción, en cualquier soporte, de obras ya divulgadas cuando se lleve a cabo por una persona física para su uso privado *reproducción realizada exclusivamente para uso privado, mediante "aparatos o instrumentos técnicos no tipográficos", de obras divulgadas en forma de libros o publicaciones que a estos efectos se asimilen reglamentariamente, así como de fonogramas, videogramas o de otros soportes sonoros, visuales o audiovisuales a partir de obras a las que haya accedido legalmente....*".⁴⁰

Por tanto para hablar de copia privada, es necesario que haya un acto de reproducción de la obra. No encontramos en este artículo más detalle sobre lo que supone la citada reproducción. Es en el art.25 del mismo cuerpo legal, donde al referirse a la compensación equitativa por copia privada hace referencia a la "

³⁹ CABEDO SERNA, LLANOS: Op. cit. Pag 78.... Las medidas tecnológicas influyen en los fundamentos manejados para justificar La copia privada. Así, se ha afirmado que con las medias tecnológicas de protección desaparece en principio el fundamento de la imposibilidad de control, lo que supondría la supresión del límite de copia privada. Sin embargo, aunque esto pueda ser cierto, no hay que olvidar que no es éste el único fundamento señalado por la doctrina para justificar y permitir la copia privada, fundamentos estos otros que no se ven afectados por la efectividad de tales medidas.

⁴⁰ ALVAREZ ALVAREZ, H.: Op. cit. Pag. 120: "En primer lugar el precepto se refiere a las **"reproducciones en cualquier soporte"**, por lo que comprende tanto las copias analógicas como las digitales. Es decir, la nueva regulación de la copia privada da cabida a la efectuada mediante mecanismos digitales"..

reproducción realizada exclusivamente para uso privado, mediante aparatos o instrumentos técnicos no tipográficos de obras divulgadas en forma de libros o publicaciones, que a estos efectos se asimilen reglamentariamente, así como de fonogramas, videogramas o de otros soportes sonoros, visuales o audiovisuales, originará....".

Como vemos el ámbito del concepto de reproducción, en el marco de la copia privada viene delimitado por dos aspectos: por un lado el medio o instrumento con el que se realiza la copia, y por otro el objeto copiado. En efecto, nótese que no se cita un aparato o equipo determinado, fotocopiadora por ejemplo, sino que se trata de establecer categorías o podríamos decir tecnologías genéricas, en la pretensión del legislador de no agotar el ámbito objetivo de la copia privada, y evitar la elusión de la remuneración compensatoria por razones tecnológicas. Sin duda, se trata de un sistema condenado al fracaso como ha de mostrado el tránsito de la tecnología analógica a la tecnología digital, que ha propiciado una conflictividad judicial y un auténtico caos jurídico, que sólo a través de pactos entre las partes interesadas, se ha podido solucionar, dando certeza y seguridad jurídica a una situación ciertamente compleja.

Ejemplo claro de esto, fue el acuerdo suscrito en 1997, entre La Asociación Multisectorial de Empresas Españolas de Electrónica y Comunicaciones, ASIMELEC, como representante de la industria afectada, es decir los deudores y las Entidades de Gestión, como representantes de los titulares de derecho de autor, quienes fijaron, a falta de concreción legal, los soportes afectados y sus características, así como los criterios de capacidad para hacer aplicable una ley, que cuantificaba cantidades a pagar en función de minutos, a equipos que se miden en megas. Sin duda el acuerdo sirvió al menos además de la transacción de los procedimientos judiciales en curso, para la prevención en el planteamiento de nuevos conflictos.⁴¹

⁴¹ SANCHEZ ARISTI, R (2003) .Madrid. La copia privada digital. Revista de Propiedad Intelectual, num 14, págs 23/24: En virtud del acuerdo entre las entidades de gestión de

Sin embargo el legislador del año 2006, no aprendió de los errores del pasado y mantiene esta redacción, sin duda confiado en que dado que el nuevo sistema descansa en definitiva en la voluntad de las partes, a través de una negociación tutelada por la Administración, que en última instancia tiene facultad de dirimir a falta de acuerdo entre las mismas, va a facilitar la constante e inevitable evolución tecnológica en esta materia. Lo que sin duda olvida el legislador actual, es que el sistema del año 1992 también descansaba en un sistema de negociación, mucho más tutelada que el diseñado en la ley, y con un sistema de resolución del desacuerdo mucho más sistematizado, y sin embargo sus cesivas modificaciones legislativas así como una clara falta de voluntad de los poderes administrativos para actualizar la materia, desembocaron en la conflictividad e inseguridad antes aludida.

Creemos que se perdió una clara oportunidad de introducir en la última reforma conceptos más novedosos, con una terminología más adecuada a la realidad tecnológica, en la que nos encontramos. Sin duda las prisas por incorporar una Directiva cuyo retraso en la transposición ya había provocado una condena al Reino de España por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, explican como dijo el propio Consejo de Estado en su dictamen 187/2005 al anteproyecto de ley que: *“...la ley aborde una reforma de la Ley de Propiedad Intelectual de 1966 tan sólo limitada a transponer la Directiva e introducir las modificaciones necesarias que resulte coherente con el resto del articulado, sobre la base, en cualquier caso, del modelo vigente en España.”*

El ámbito o bjetivo del objeto a reproducir, no sólo viene determinado por el

derechos de propiedad intelectual y los empresarios fabricantes y distribuidores de los citados soportes digitales en blanco (ASIMELEC). Mediante este acuerdo se puso fin a numerosas reclamaciones judiciales iniciadas por las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual, respaldadas por algunas resoluciones judiciales favorables al cobro de la compensación equitativa por la fabricación distribución de algunos soportes de almacenamiento digital de datos.”

soporte material al que hace referencia el art. 25, sino que también viene determinado por la referencia del art. 31 a "obras ya divulgadas". También alude a que la reproducción se realice en cualquier soporte. Una vez más se produce una contradicción del legislador, en lo que ha sido una constante tradicional en esta materia, y es el deseo de favorecer a los titulares del derecho, con una legislación tutitiva y proteccionista, que provoca contradicciones y errores, al tratar de delimitar el ámbito objetivo desde el punto de vista más amplio de aplicación, para que el efecto recaudatorio sea mayor. Para ello por un lado trata de aplicar criterios tecnológicos: referencias a fonogramas, videogramas, etc. con criterios fácticos y lo más omnicomprensivos posibles: "cualquier soporte".

En relación con los soportes técnicos, llama la atención que la tendencia omnicomprensiva, del legislador al utilizar referencias a "fonogramas, videogramas o de otros soportes sonoros visuales o audiovisuales..." sólo tiene una exclusión con los aparatos o instrumentos técnicos "no tipográficos", en una clara exclusión de los equipos de imprenta, por su claro carácter industrial y nada preparados para la copia privada. Acierto del legislador al excluir unos aparatos, que por razones técnicas, no tendría ningún sentido tomarlos en consideración. Extraña por tanto la reacción de las entidades de gestión, cuando por parte de la industria se han querido excluir ciertas máquinas, que por sus características tecnológicas, están más cercanas a auténticas imprentas que a equipos copiadore.

Por otra parte y dentro de ese carácter omnicomprensivo, cuando se habla de las obras divulgadas, se cita junto a las obras sonoras o audiovisuales las obras publicadas en "forma de libros o publicaciones que a estos efectos se asimilen reglamentariamente..." La definición de "publicación a similitud" viene definida en el Real Decreto 1434/1992 de 27 de noviembre, de desarrollo de los artículos 24, 25 y 140 de la ley 22/1987, de 11 de noviembre, en la versión dada por la ley 20/1992 de 7 de julio, en su artículo 10, cuando dice: *"A los efectos del presente Título se entenderán asimiladas a libros, las publicaciones de contenido cultural, científico o técnico siempre y cuándo:*

- a) *Estén editadas en serie continua con un mismo título a intervalos regulares o irregulares, de forma que los ejemplares de la serie lleven una numeración consecutiva o estén fechados, con periodicidad mínima mensual y máxima semestral.*
- b) *Tengan menos de 48 páginas por ejemplar”.*

La referencia a obras ya divulgadas, se justifica por un doble criterio: por un lado práctico pues difícilmente se podrá copiar algo que no está divulgado "que no está en el mundo", pues aunque se trate de una obra de arte, si queda reducida al ámbito íntimo del autor, es dudable su accesibilidad y por tanto la facultad material de copia. El segundo criterio sería un criterio legal, pues para que una obra pueda ser considerada como protegida por el derecho de autor, debe cumplir determinados requisitos para obtener dicha protección, entre ellos su divulgación. En este sentido interesante es la opinión de LOPEZ RICHART⁴², conectando esta cuestión con las descargas en internet, y en este mismo sentido HENAR ALVAREZ, describiendo las diversas hipótesis y alcance de las descargas.⁴³

⁴² LOPEZ RICHART, J.: Op. cit: Pag 188: "El requisito del acceso legal fue introducido en el curso de la tramitación parlamentaria muy probablemente para dejar fuera del límite de copia privada las descargas realizadas a partir de las plataformas de intercambio de archivos *peer-to-peer*. Sin embargo, si ésta era la finalidad perseguida por el legislador, no debería haber puesto el acento en el modo en que la persona que hace la copia ha accedido a la obra, sino en la fuente misma de la que la copia procede o en la manera en que ésta ha sido puesta a disposición del público, tal y como aparece consagrado en el §53.1 de la ley alemana."

⁴³ ALVAREZ ALVAREZ, H.: Op. cit Pag 121: Establece el artículo 31.2 de la LPI que es requisito imprescindible que la reproducción se realice **"a partir de obras a las que se haya accedido legalmente"**. Nos encontramos con el requisito del "acceso legal", que constituye la novedad más importante de la reforma y el punto más problemático.

Otro aspecto importante es la referencia a la reproducción "se lleve a cabo por persona física para su uso privado". Distinguimos aquí dos elementos: por un lado la caracterización del sujeto que realiza la copia y la finalidad de la realización de la copia por otro.

En el primer caso, se especifica claramente que el único sujeto de la copia privada, sólo puede ser la persona física, y por tanto queda excluida la persona

El problema se encuentra en la ambigüedad de esta expresión. Parece que quiere decir que debe partirse del original, pero al mismo tiempo no se atreve a decirlo expresamente.

Al respecto, los usuarios argumentan que no se puede demostrar que al bajarse música de Internet se consiga un lucro con ello, pues realmente es un ánimo de avaricia, no previsto por la ley; y tampoco podría demostrarse el perjuicio para tercero, porque no se puede probar que el usuario hubiera comprado el disco en la tienda, por lo que la discográfica y a la SGAE no se le habría perjudicado.

El problema del "acceso legal" es que no se puede controlar si realmente ha existido un acceso legal a la obra.

Ahora bien, a primera vista si los archivos han sido puestos ilícitamente en la red P2P, parece que el legislador entiende que no se tiene acceso legal, por lo que no podría realizarse una copia para uso privado.

Pero si el usuario en estos dos casos se limita a guardarlas para su uso personal, no poniéndolas a disposición del público, ¿serían copia privadas? La doctrina ha considerado que sí, porque el soporte a partir del cual se haga la copia puede ser ilícito, pero el acceso a dicho soporte es legal, pues se ha abonado la cuota de acceso a Internet, y no hay una ulterior puesta a disposición del público, al no almacenarlo en la carpeta compartida con el resto de los usuarios.

jurídica. Esto es sin duda derivado de la propia naturaleza del acto de copia, que se considera que como acto material, que necesita de una serie de acciones: utilización de equipos, conocimiento de su funcionamiento, adquisición previa del original, e tc., tan sólo puede ser desarrollado por personas físicas.

Esto ha llevado a considerar, que dado que el ámbito de la copia privada es exclusivamente de las personas físicas, a ellas también debería quedar limitado el ámbito de la principal consecuencia de la misma, cual es la remuneración compensatoria, o dicho en otros términos dado que el cálculo hasta la fecha de la cuantía a satisfacer por este concepto, se fijaba en función de los equipos comercializados sujetos a la misma, sería lógico pensar que las ventas realizadas a personas jurídicas, no deberían devengar la remuneración por copia privada, dado que por la propia definición legal así como por razones materiales, no son susceptibles de hacer copia y en consecuencia no generan perjuicio alguno, y por tanto nada deben de compensar. Este tema no es pacífico por razones que veremos al analizar la naturaleza jurídica de la obligación de remuneración compensatoria. Remitiéndonos también a la novedad que ha supuesto, el pronunciamiento que a este respecto ha realizado la sentencia Padawan.⁴⁴

El otro elemento que cualificaba al sujeto que copia, o como se decía en la

⁴⁴ ALVAREZ ALVAREZ, H. : Op. cit.: Pag 121: En tercer lugar, el artículo 31.2 LPI exige que la reproducción sea efectuada por una **persona física**, suprimiéndose la mención al “copista” que se recogía en la redacción anterior del precepto.

En efecto, uno de los asientos de la reforma de este precepto en virtud de la Ley 23/2006 es que ya no se utiliza el término “copista” como en la redacción anterior, pues se había abierto un amplio debate doctrinal sobre quién debía ser considerado como tal. Por tanto, de acuerdo con la redacción actual, copia privada es aquella realizada por una persona física para su uso propio y personal, por lo que las personas jurídicas no pueden efectuar copias privadas.”

legislación anterior " el copista", ⁴⁵ es el hecho que la copia se realice "para su uso privado". Este elemento es fundamental en la calificación de copia privada, al considerar la misma como aquella que se realiza dentro de un acto privado e íntimo del copista. Es el uso privado y no otro destino el que distingue la copia privada, de otro tipo de copias autorizadas, como la lucrativa o colectiva a la que alude a continuación la definición legal. ⁴⁶ Es el uso privado lo que da legalidad a la copia privada, a diferencia de otras copias ilegales como es la copia masiva para su explotación comercial sin autorización de la autor, más conocida vulgarmente como piratería.

En este sentido tan sólo llamar la atención sobre el hecho que muchas veces se confunden estos dos conceptos: copia privada y piratería, a pesar de pertenecer a ámbitos bien diferenciados.⁴⁷ La copia privada es una excepción al derecho de autor,

⁴⁵ PLAZA PENADÉS, J (2009): "La reforma de la Ley de propiedad intelectual para incorporar la directiva de derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información" En la obra colectiva coordinada por PALAO MORENO, G. y PLAZA PENADÉS, J.: "Nuevos retos de la propiedad intelectual". Navarra. Aranzadi. Pag. 40: Hasta ahora la palabra "copista" se había interpretado en el sentido de persona que hace materialmente la copia, lo que traducido a la práctica suponía que si un particular (persona física) acudía a un servicio de reprografía (normalmente persona jurídica) para que le hicieran una fotocopia para su uso privado, copista no era el particular que encargaba la fotocopia, sino el titular del servicio de reprografía que hacía la copia".

⁴⁶ TATO PLAZA, A.: Op. cit. Pag 12: "En su nueva redacción, la Ley de Propiedad Intelectual elude la utilización del término copista, sustituyéndolo por persona. Parece aclarar, en consecuencia, que el límite contemplado en el artículo 31 resulta de aplicación a cualesquiera copias para uso privado de quien las realiza, con independencia de la titularidad de los medios de reproducción."

⁴⁷ NAVAU MARTINEZ-VAL, P. (2010) Madrid. La Deseable supresión del canon digital: su controvertida naturaleza y la vulneración de principios constitucionales. Revista de la Universidad Pontificia de Comillas Madrid. "La copia privada digital se confunde por su propia naturaleza con la copia privada ilegal, es decir vulnera la normal explotación de la obra del

regulada legalmente y absolutamente lícita por tanto, y la piratería es un acto ilícito constitutivo de delito. La razón de la confusión a veces es lógica, pues los dos parten del fenómeno o de la acción de copia de un original, si bien uno al hacerlo con ciertos requisitos es legal y el otro es delictivo. Otras veces ha habido un deseo deliberado de mezclar las cosas para justificar la copia privada, que claramente ha tenido una gran contestación social.⁴⁸ Lo que no deja de ser un error, pues a la larga le priva de base a una institución, que al menos en leyes y tratados internacionales está bien fundamentada. El error no es sólo propio del usuario, al que se puede disculpar que no tenga familiaridad con la terminología y la práctica jurídica. Menos discutible es que en sede parlamentaria, se produzcan tales confusiones, indicando la necesidad de mantenimiento de la copia privada, por el perjuicio económico que sufren los autores a consecuencia de la piratería.

Cabría preguntarnos qué se consideraba “uso privado”. No es un tema claro, o mejor dicho, como es frecuente en esta materia, ha estado sujeto a interpretaciones más motivadas por ánimos recaudatorios, que por razones de correcta hermenéutica jurídica. Así a veces se ha tratado de equiparar el uso privado al “uso doméstico”, en un deseo de limitar la facultad que tiene el usuario de copiar y la legalidad que obtiene esa copia, precisamente por el hecho de hacerla de manera privada. Interpretándose asimismo, que ese uso doméstico abarcaba también la copia familiar o de amistad.⁴⁹

No cabe duda que es una interpretación restrictiva e interesada, pues el lugar

autor.

⁴⁸ GAY FUE NTES.C: Op. cit. pag 19 “El establecimiento de excepciones de pago final para grupos de consumidores que no realizan actividades relacionadas con la copia privada de obras cubiertas por la propiedad intelectual debe administrarse con generosidad, si no se quiere desvirtuar la lógica de la compensación de la copia privada y mostrar una voracidad recaudatoria que en nada favorece el ya escaso apoyo social con que cuenta”.

⁴⁹ BONDÍA ROMAN. Op.cit. pag 363.

en que se desarrolle la acción de copia: hogar o trabajo, no influye de manera determinante en el destino privado del uso o no. Es la naturaleza teleológica de la acción lo que determina su privacidad, y no el lugar en que se realice. Tan copia privada es grabar una música en el ordenador del centro de trabajo, o copiar una página de un libro en la copiadora del centro de trabajo, como realizarlo en el domicilio particular, siempre que el destino que le demos quede en el ámbito de nuestra intimidad, o en la privacidad del copista. Otra cosa son, consideraciones de uso inapropiado de los equipos del centro de trabajo, por razones de disciplina laboral, pero esa es una cuestión ajena a nuestro análisis.

Lo cierto es que los que utilizan este ejemplo, para limitar el ámbito de la copia privada, suelen usar el mismo, para defender la ampliación del límite anteriormente indicado para las personas físicas, y por tanto aplicar también la obligación de remuneración compensatoria a las personas jurídicas, en lo que viene siendo una más de las muchas contradicciones en que se incurre, cuando se utilizan las argumentaciones jurídicas, más por un ánimo recaudatorio que por una correcta exégesis de la normativa aplicable.

El siguiente elemento de la definición, es la referencia al hecho de que la copia debe ser realizada a partir de "obras a las que se haya accedido legalmente". Se trata de una novedad introducida en la última reforma legislativa del año 2006, y de la que no existían precedentes en la legislación anterior. Cabe preguntarnos qué ha pretendido el legislador aportando este nuevo elemento en la definición de copia privada.

Creemos que es una manifestación más del espíritu que ha inspirado la reforma, y que no es otro que dar un cierto carácter restrictivo al ámbito de la copia privada, no tanto por un acto voluntarista del legislador, sino por coherencia con la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, cuya transposición es uno de los objetivos

de la reforma, según se indica en el propio Preámbulo de la Exposición de Motivos de la citada ley/23 2006 de 7 de julio.

No cabe duda que la Directiva comunitaria, lo que ha pretendido es delimitar la copia privada en sus justos términos, por dos razones: los excesos y las claras distorsiones que el régimen anterior de copia privada han producido en el mercado interior, por un lado. Y por otro, la necesidad de adaptar la realidad del fenómeno de copia privada a la realidad tecnológica actual, que ha pasado de un entorno analógico a un entorno digital, ya que como dice la propia Exposición de Motivos de la última reforma de la LPI, *"la copia privada digital puede propagarse mucho más y tener mayor impacto económico"*, repitiendo literalmente el mismo fundamento del Considerando 35 de la Directiva.

Es decir parece que el legislador ha tratado de establecer, siguiendo una técnica parecida al Derecho Penal, un "tipo" de copia privada y ha ido fijando una serie de características necesarias e imprescindibles, para que nos encontremos ante "una copia privada". En tres características ha incluido la que comentamos, en el sentido de fijar el título que legitima la copia, y que no es otro que el "hecho de haber accedido legalmente" a la obra original.

Cabe preguntarnos ¿qué título jurídico supone el acceso? ¿qué supone acceder legalmente al original? En una primera aproximación podría parecer que al menos se ha pretendido que el "copista" disfrute de la obra, en base a un título jurídico que le permite el uso y disfrute legal de la misma. Esta exigencia de cubrir la legalidad de la copia con la exigencia de un título suficiente, viene de nuevo a fortalecer la idea de que nos encontramos ante un auténtico derecho facultad de la "persona física que copia para su uso privado", siendo esta facultad una extensión más de ese derecho de disfrute, en base a ese título legal.

Dicho en otros términos, si por ejemplo y en el caso más claro, el "acceso" a la obra original se ha hecho en base a la compra del original de la misma, teniendo su

uso y disfrute en base al título de propiedad, es claro, a la vista del nuevo texto legal, que entre las facultades tradicionales que ha integrado ese derecho de propiedad, habrá que añadir una más, cuál es la facultad de copiar, siempre que se cumpla el resto de los requisitos que se fijan en los artículos 25 y 31 de la LPI.⁵⁰

Sin embargo pensamos, como indicábamos anteriormente, que más que tratar de ampliar las facultades del titular del derecho, lo que ha pretendido el legislador ha sido precisamente, limitar el impacto económico de la copia privada, y por tanto dejar en el ámbito de la ilegalidad, la copia de un original al que no se haya accedido legalmente. No creemos que lo que hay que tratado de hacer sea establecer una clara delimitación con el fenómeno de la piratería, pues no era necesario acudir a esta fórmula. La piratería como delito contra la propiedad intelectual, no tiene su origen en el acceso legal o ilegal a la obra original, sino en la difusión de la misma sin autorización del autor.

Por tanto dado la amplitud de títulos jurídicos, que pueden fundamentar el acceso legal a una obra original: compra, alquiler, préstamo, cesión gratuita, etc., cabe preguntarnos cuál será la consecuencia inmediata de esta delimitación. A nuestro juicio lo que pretendió el legislador en este caso, es tratar de favorecer a las entidades de gestión en una materia ciertamente complicada, y a la que haremos referencia con más extensión en otro capítulo, y que en principio no tendría conexión con la copia privada.

Baste aquí indicar que, frente a la polémica de la ilegalidad o no de las descargas de ordenador de obras, se ha tratado de establecer un límite, al no considerarse copia privada la que consista en fijar mediante copia en un soporte,

⁵⁰ PADRÓS REIG, C.: Op. cit. Pag 219: “... es legítima la demanda de sectores que correlacionan la existencia misma del canon y su liquidación con el derecho individual a copiar (descargar) obras artísticas”.

aquella obra a la que se accedido a través de la red.⁵¹ Es decir como la descarga por ordenador de una obra es, según las entidades de gestión, ilegal, esta obra no es susceptible de ser fijada (copiada) en ningún tipo de soporte, por que "no se ha accedido a ella legalmente". Se trata de evitar que al amparo de la licencia que la copia privada otorga, se acogiera a ella para intentar justificar la legalidad de la fijación, en cualquier soporte o dispositivo las descargas de ordenador o de la transmisión de ficheros conocida como "peer to peer".

En principio la técnica de delimitación es correcta, la cuestión será determinar si el acceso a la obra a través de ordenador y de las redes de comunicación es legal o no, pues de serlo está claro que este límite no funcionaría. Viniedo por tanto amparada no sólo la práctica habitual de descarga de ficheros, sino la fijación de su contenido en un soporte de grabación, al considerar la misma como aquella que se realiza dentro de un acto privado e íntimo del copista. Es el uso privado y no otro destino el que distingue la copia privada de otro tipo de copias autorizadas, como la lucrativa o colectiva a la que alude a continuación la definición legal. Es el uso privado lo que da legalidad a la copia privada, a diferencia de otras copias ilegales como es la copia masiva para su explotación comercial sin autorización de la autor, más conocida vulgarmente como piratería.

En este sentido tan sólo llamar la atención sobre el hecho que muchas veces se confunden estos dos conceptos: copia privada y piratería, a pesar de pertenecer a

⁵¹ CARBAJO GASCÓN, F: Op cit. pág31: "El acto de bajar archivos con contenidos protegidos y almacenados en una carpeta asociada al programa P2P para compartirlos con el resto de usuarios del mismo sistema, implicará (salvo que se hagan con el consentimiento expreso de los titulares de derechos a través, por ejemplo, de licencia creatives commons) un acto de reproducción de uso colectivo, ajeno a la copia privada. Más difícil es alcanzar la misma conclusión cuando el usuario se limita a bajar contenidos almacenados en una carpeta no asociada al sistema, caso en el que no habrá un uso colectivo de la copia ni puesta a disposición (aunque el riesgo que lo haga es más que probable, resultando casi imposible discernir cuando un usuario realiza uno u otro comportamiento).

ámbitos bien diferenciados. La copia privada es una excepción al derecho de autor, regulada legalmente y absolutamente lícita por tanto, y la piratería es un acto ilícito constitutivo de delito. La razón de la confusión a veces es lógica, pues los dos parten del fenómeno o de la acción de copia de un original, si bien uno al hacerlo con ciertos requisitos es legal y el otro es delictivo. Otras veces ha habido un deseo deliberado de mezclar las cosas para justificar la copia que claramente ha tenido una gran contestación social.⁵² Lo que no deja de ser un error, pues a la larga le priva de base a una institución que al menos en leyes y tratados internacionales está bien fundamentada. El error no es sólo propio del usuario, al que se puede disculpar que no tenga familiaridad con la terminología y la práctica jurídica. Menos disculpable es que en sede parlamentaria se produzcan tales confusiones, indicando la necesidad de mantenimiento de la copia privada por el perjuicio económico que sufren los autores a consecuencia de la piratería. En este mismo sentido, pero con matices en función del tipo de descargas que se realizan, se pronuncia HENAR ALVAREZ.⁵³

⁵² GAY FUENTES.C.pag19 “El establecimiento de exenciones de pago final para grupos de consumidores que no realizan actividades relacionadas con la copia privada de obras cubiertas por la propiedad intelectual debe administrarse con generosidad, si no se quiere desvirtuar la lógica de la compensación de la copia privada y mostrar una voracidad recaudatoria que en nada favorece el ya escaso apoyo social con que cuenta”.

⁵³ ALVAREZ ALVAREZ, H: Op. cit. Pag 118: Una cuestión trascendental es determinar la diferencia entre lo que es una copia privada y lo que no lo es. La copia privada se introdujo en nuestra LPI para legalizar una situación generalizada en nuestra sociedad, que era la copia no autorizada para uso privado de las obras intelectuales. Por lo que a la música se refiere, se trataba de copias que se realizaban en cassette y que se pasaban a amigos. Se trata de una práctica socialmente admitida y además hay que tener en cuenta que a su favor juega el derecho de acceso a la cultura. El problema surge porque cuando aparece Internet estas copias se generalizan y se ponen en peligro los cuantiosos beneficios de las industrias discográficas, las cuales apelan a los diferentes gobiernos para que reformen la normativa existente sobre propiedad intelectual y se adapte a las nuevas exigencias nacidas de la sociedad de la información.

CAPÍTULO 4.- NATURALEZA JURÍDICA DE LA REMUNERACIÓN COMPENSATORIA

4.1 ¿DE QUÉ PERJUICIO HABLAMOS?

4.2 REMUNERACIÓN COMPENSATORIA ¿INDEMNIZACIÓN?

4.3 REMUNERACIÓN COMPENSATORIA ¿PRECIO?

4.4 REMUNERACIÓN COMPENSATORIA ¿JUSTIPRECIO?

4.5 REMUNERACIÓN COMPENSATORIA. ¿TRIBUTO?

4.6 REMUNERACIÓN COMPENSATORIA. NATURALEZA SINGULAR

4.7 REMUNERACIÓN COMPENSATORIA O COMPENSACIÓN EQUITATIVA

Para un sector doctrinal y para las discográficas, productoras, etc., las descargas de música a través de Internet con los sistemas P2P son legales, pues se considera que el derecho de copia privada supone que la reproducción no sea objeto de utilización colectiva ni lucrativa. Sin embargo, consideran que en el intercambio de música a través de las redes P2P se pone a disposición de un número indefinido de usuarios una obra, por lo que no se cumplirían los requisitos de copia privada.

4.8 CONSTITUCIONALIDAD DE LA REMUNERACIÓN COMPENSATORIA

4.8.1 REMUNERACIÓN COMPENSATORIA Y DERECHO DE LA PROPIEDAD

4.8.2 REMUNERACIÓN COMPENSATORIA Y DERECHO A LA LIBRE EMPRESA

Ya avanzábamos en un principio que la copia privada era tan sólo un elemento de la institución jurídica que comentamos, y que para analizar la misma era necesario estudiar también, la consecuencia fundamental de la copia privada, cual era la conocida inicialmente como remuneración compensatoria.

En efecto ya hemos visto como la copia privada permitía al copista, hoy en día "persona física que hace una copia para uso privado", disponer de una copia de una obra protegida por el derecho de autor, sin que su actuación fuera constitutiva de conducta ilícita de cualquier naturaleza. Pues bien sin embargo y a pesar de la clara legalidad, de esa licencia genérica que da la ley y que otorga a todo aquel que realiza la copia en las condiciones indicadas anteriormente, lo cierto es que esta copia produce un perjuicio al autor y este perjuicio tiene que ser compensado.⁵⁴

Partiendo de este principio de hecho básico, *la copia privada produce un perjuicio que hay que compensar*, es necesario hacer diversas precisiones sobre ese perjuicio su naturaleza y alcance.

4.1 ¿DE QUÉ PERJUICIO HABLAMOS?

No es demasiado explícito el texto legal vigente que se limita a indicar que la remuneración compensatoria, está "dirigida a compensar los derechos de propiedad intelectual que se dejarán de percibir por razón de la expresada reproducción". La

⁵⁴ PADROS REIG, C. Op. cit. Pag 219: "Por tanto, el debate político-social sobre la existencia de un "canon" que compense la copia privada lícita no puede ni debe plantearse en términos de canon sí o canon no "sino de copia privada sí o copia privada no" ya que sólo en los sistemas legales donde se admita la copia privada se podrá establecer sistema de "compensación equitativa" de los efectos que esa copia tiene en la explotación de la obra".

claridad del concepto no se traduce con la dificultad de su cálculo. Parece evidente que los autores dejan de percibir unos ingresos cuando un particular, en uso de las facultades anteriormente apuntadas, hace una copia de una obra en lugar de comprar el original. Parece por tanto que ese importe dejado de satisfacer cuando no se compra el original, es el que debe ser compensado.

Esto podría ser la razón que el conjunto de acreedores de esta obligación, como más adelante veremos sea de lo más variado, en función de la cadena de valor que existe en la explotación de una obra intelectual: creador, productor, ejecutante, etc... pues todos se ven afectados por ese perjuicio, derivado de la falta de adquisición de la obra original al ser sustituida por una copia.

No obstante volvemos a plantearnos la cuestión de si bien la delimitación del perjuicio está claro: “derechos dejados de percibir”, la dificultad estriba en el método de cálculo de esos derechos. Pues por una parte la ley acudió en su día a un sistema que produjo evidentes distorsiones en el pasado, lo que ha propiciado que siguiendo los criterios de la Directiva 2001/29/CE, el legislador actual haya optado por otro sistema, que a falta de contraste práctico nos hace tener esperanzas, que cuando menos mejorará los errores anteriores.

En efecto hasta la fecha la idea del legislador era suponer, que el número de equipos con capacidad de copia era determinante para el cálculo del daño. Es decir se suponía que todo equipo o soporte capaz de causar un daño, efectivamente lo producía y por tanto cada equipo o soporte debía pagar una cantidad, que estaba previamente tasada en la ley.

Este criterio era un criterio que clara y exclusivamente se basaba en la “idoneidad” del equipo. Es decir el equipo que tenía capacidad de copiar por sí mismo era constitutivo del daño. Criterio que si bien en el ámbito de los equipos analógicos podría tener cierto sentido, carece absolutamente del mismo en el ámbito digital.

En cierta manera la idoneidad es un criterio que conduce necesariamente a situaciones injustas, pues su aplicación permite establecer la necesidad de compensar un daño generado por un equipo idóneo para producirlo. Es decir tan sólo por la capacidad de producir el daño independientemente de que se produzca o no. Esto supone la alteración de los principios básicos de la teoría del resarcimiento de daños y perjuicios, que exige como requisitos para que proceda el resarcimiento, la existencia de un daño y la existencia de un nexo causal entre el obligado a reparar el daño causado y la acción causante de daño.⁵⁵

Pues bien aquí sólo basta la capacidad de causar un supuesto daño para obligar al resarcimiento. Se produzca o no el daño y en todo caso con carácter previo a su generación, dado el sistema de cobro al que nos referimos en otro capítulo. Sinceramente no conocemos un sistema tan anómalo y contra natura en el ámbito jurídico, y salvando las obvias distancias, nos recuerda o tras épocas pasadas en el ámbito penal, como las teorías que llegaba a justificar la acción preventiva en el delincuente permitiendo la adopción de medidas sancionadoras respecto del presunto sospechoso de delincuente, aunque no haya generado ninguna conducta delictiva. De todos es conocida las consecuencias de estas teorías en una de las épocas más negras de la historia contemporánea.

La diferencia a la que antes aludíamos entre la tecnología analógica y la digital es que a pesar de lo anómalo del sistema, los productos analógicos, bien es cierto que en un porcentaje alto, la finalidad que tenían y el uso habitual era el de copiar material protegido por el derecho de autor. Es decir esa idoneidad del producto se correspondía con un uso generalizado de copiar material protegido.

⁵⁵ PADRÓS REIG, C. : Op. cit. Pag 229: El segmento relevante es “el grado de uso de los equipos o soportes para la realización de copias para uso privado. Se trata por tanto de combinar el criterio de idoneidad con el de “uso efectivo” del aparato o soporte concreto, criterio que se manejó durante el trámite parlamentario de la ley como parámetro general de sujeción”

Sin embargo en el ámbito de los productos digitales ese uso no necesariamente está destinado a copiar material protegido. Es más, a pesar de lo que pueda suponerse, el producto digital tiene una mayor versatilidad, y por tanto su uso es mucho más diverso que el analógico, y diversos estudios de hábitos de uso del consumidor acreditan que el destino final sólo en un pequeño porcentaje es para copia de contenidos protegidos, y en cambio el uso profesional o de ocio es mayoritario.

En conclusión, en ambos casos tanto en el ámbito analógico como en el ámbito digital se produce copia de material protegido, si bien en el ámbito digital en mucha menor medida que en el ámbito analógico ⁵⁶. Pero en cualquier caso creemos que la cuestión no es el porcentaje de copia que se pueda hacer, lo anómalo es que la sola idoneidad o capacidad de daño provoque la necesidad de resarcirlo aunque de hecho no se produzca.

No parece en principio que este sea el criterio de la Directiva 2001/29/CE cuando en el Preámbulo, concretamente en el Considerando 38, indica "...La copia privada digital puede propagarse mucho más y tener mayor impacto económico...." Y este argumento ha sido reiteradamente usado por las Entidades de Gestión para justificar una mayor reivindicación de sus derechos.

Nadie puede dudar que los productos digitales faciliten un mayor e intenso uso

⁵⁶ BELLOSO MARTIN, N: Op. cit. Pag 113: En el ámbito de las redes digitales, la copia privada, que es la que se realiza para uso personal, genera como mínimo dos problemas: el primero es el de la calidad misma del original; dada la perfección de la tecnología digital, la copia es una clonación del original, de manera que no hay diferencia entre copia y original, mientras que las copias analógicas sí tienen una pérdida sensible de calidad. El segundo problema es que la copia digital no precisa de ningún soporte material. Ambas circunstancias favorecen las copias privadas y la imitación fraudulenta. A la vista de estos problemas conviene recordar que una copia enviada por correo electrónico a un tercero, no es, realmente, una copia privada porque no está destinada al uso del copista, sino de otra persona".

de equipos y dispositivos, y una mayor facilidad y capacidad de almacenamiento. Nadie duda que las redes faciliten la difusión de los contenidos protegidos. No obstante no es menos cierto, que la tecnología digital también permite un mayor control de acceso a los contenidos. La propia Directiva reconoce ese extremo cuando en el Considerando 35 alude a las medidas tecnológicas de protección, indicando que “el nivel de compensación equitativa deberá determinarse teniendo en cuenta el grado de utilización de las medidas tecnológicas de protección contempladas en la presente Directiva”.

Si bien a este tema nos referiremos más adelante, baste constatar que a sensu contrario cabe deducir que si bien la tecnología digital puede producir en teoría más daño por aumentar la capacidad de almacenamiento, la accesibilidad a los contenidos y la difusión de los mismos, no es menos cierto que esa misma tecnología permite establecer una medidas de protección y de control, que con la tecnología analógica no existían. Todo ello sin perjuicio que además la tecnología digital permite una multiplicidad de usos, no todos ellos orientados a la copia de contenidos protegidos.⁵⁷

En definitiva, lo que queremos dejar claro es que no es cierta la ecuación que a veces, se ha planteado por algún sector doctrinal, muy cercano a las entidades de gestión, que establecen una ecuación de igualdad entre tecnología digital, e incremento del daño para las obras protegidas por el derecho de autor. Ni por tecnología ni por los usos y aplicaciones que esa tecnología permite, se puede sustentar esta afirmación, más bien al contrario la tecnología digital permite establecer unos límites que antes no existían como son los tecnológicos.

⁵⁷ LOPEZ RICHART, J. : Op.cit. Pag 184: “Además las modernas medidas tecnológicas de protección permitirían impedir técnicamente la realización de copias o averiguar sin grandes costes qué usuarios han realizado dichas copias”

4.2 REMUNERACIÓN COMPENSATORIA ¿INDEMNIZACIÓN?

En el ánimo de completar el análisis de la naturaleza jurídica de la remuneración compensatoria es necesario analizar el alcance de la prestación económica que la misma supone. Determinante será traer a colación el análisis de la naturaleza de la institución jurídica que nos sirve de base, para calificar de una u otra forma esta prestación económica.

En un principio puede parecer claro que el concepto compensación nos acerca a la idea del resarcimiento del daño causado por la copia privada. Esta compensación sea “equitativa” (término más cercano al planteamiento de la Directiva), o sea “compensatoria” (término más cercano a la normativa anterior que a la Directiva), es claro que deriva del hecho de la “licencia genérica” que atribuye el artículo 31 de la LPI en relación con el art 25 en los términos previstos en la última reforma de la Ley 23/2006 de 7 de julio.

En efecto el art, apartado 2 del art,31 establece: *“No necesita autorización del autor la reproducción, en cualquier soporte, de obras ya divulgadas cuando se lleve a cabo por una persona física para su uso privado a partir de obras a las que se haya accedido legalmente y la copia privada no sea objeto de utilización colectiva ni lucrativa... sin perjuicio de la compensación equitativa...”*

Asimismo el artículo 25.1 del mismo cuerpo legal establece que *“la reproducción.....originará una compensación equitativa y única...dirigida a compensar los derechos de propiedad intelectual que se dejaron de percibir por razón de la expresada reproducción”*

De esta definición de copia privada, que ha sido objeto de análisis detallado en el capítulo anterior, podemos ver que la “causa” de la remuneración es la necesidad de compensar el daño causado, en términos de “derechos dejados de percibir”.

Es decir el mecanismo que se establece es claro: dado que el legislador establece un límite nuevo al derecho de autor, como es la copia privada, pues no es necesaria la autorización del autor para que se pueda hacer la misma, bastará únicamente cumplir los requisitos señalados anteriormente en cuanto a la difusión previa, uso privado no colectivo ni lucrativo. Esta figura se plantea normalmente como un límite al derecho de autor y así se reconoce en la propia Directiva en diversos apartados.

Por tanto y a la vista de todo lo anterior, no parece que hubiera de masiado problema en calificar a esta remuneración, como una contraprestación compensatoria de un daño, si bien calculada objetivamente al ser imposible una cuantificación directa del daño que el usuario causa con esa reproducción, a la que por cierto se le autoriza. Esta es la razón por la que tampoco podemos afirmar rotundamente, que nos encontramos ante una indemnización de daños y perjuicios, pues no se dan los elementos fundamentales de esta institución jurídica.

En efecto en una situación de resarcimiento o de daños y perjuicios sería necesario dos elementos básicos: nexo de causalidad entre la acción del causante del daño, y el resultado del perjuicio para el que lo sufre. Al tiempo que sería necesario una cuantificación de ese daño y perjuicio en términos de daño emergente y lucro cesante. A mi juicio ninguno de estos elementos se da en el supuesto contemplado. En efecto, que por el simple hecho de adquisición de un equipo o soporte idóneo para grabar, se obligue al pago de la remuneración es el más claro ejemplo de carencia de nexo causal.

En multiplicidad de ocasiones el adquirente jamás hará daño, pues no usará el dispositivo para grabar material protegido, sino para otras funciones de índole profesional, ocio, etc... Por tanto nunca existirá daño emergente ni lucro cesante, y mucho menos nexo causal.⁵⁸

⁵⁸ RUIZ HIDALGO, C. (2010): "Una aproximación tributaria a la naturaleza del canon

Incluso en el caso que en efecto adquiriera el equipo o dispositivo y lo usase para grabar material protegido tampoco existe a mi juicio la certeza de estar ante la institución jurídica del resarcimiento. En efecto es claro que el adquirente reproduce una obra con determinados requisitos, y en este sentido la existencia del nexo causal es claro; pero lo que no es tan claro es que exista el daño en términos de daño emergente o lucro cesante. No olvidemos que el daño la propia ley lo determina y cuantifica en términos de “derechos de propiedad intelectual dejados de percibir”.

Nos preguntamos ¿El hecho de poder copiar es determinante para dejar de adquirir una obra? Es decir si no se permitiera copiar se adquiriría la obra original, cuya no adquisición es realmente la causante del perjuicio. Es difícil dar una respuesta a esta materia, si bien los estudios realizados por la industria TIC en nuestro país arroja claramente una respuesta mayoritaria en el sentido que si no se pudiera copiar no necesariamente se adquiriría el original. Es decir el hecho de copiar no es determinante en su decisión de adquisición de una obra original.⁵⁹

De ser ello así, tampoco en el caso de adquisición del bien o soporte usado para copiar material protegido necesariamente se produce daño, pues no existe ningún derecho “dejado de percibir” pues nunca se percibirían, dado que nunca se compraría la obra original.

analógico y digital”. Crónica Tributaria num 135/2010. Madrid. Servicio Publicaciones Ministerio de Hacienda. Pag. 34: “Es cierto que existe una dificultad para evaluar el impacto de los soportes digitales en los derechos de propiedad intelectual, lo que unido a la patería, ha conseguido que los Estados hayan extendido el sistema del canon a los aparatos digitales sin considerar que en muchos casos no existen perjuicios para los titulares de los derechos”.

⁵⁹ Ver estudio de ASIMELEC año 2004. www.asimelec.es, hoy www.ametic.es.

4.3 REMUNERACIÓN COMPENSATORIA ¿PRECIO?

Hablar de precio en la remuneración de copia privada tendría sentido, para aquellos que llevados de un exceso en la consideración de la copia privada como una obligación civil, “ex lege” por supuesto, pues trae su causa de la ley, pero obligación civil al fin y al cabo, sin duda consideran, que un elemento de la misma es el precio y tal precio es la remuneración compensatoria.

De la propia naturaleza “ex lege”, deriva el hecho de que sea la propia ley la que fije dicho precio a través de tarifas concretas (TRLPI de 1996), o a través de criterios posteriormente desarrollados en una Orden Ministerial que fija las cantidades exactas aplicable a cada producto.⁶⁰

A mayor abundamiento de esta posición, cabría destacar cómo la propia ley habla de acreedores y deudores para referirse en primer lugar a las Entidades de Gestión como representantes de los titulares de derecho, y a los deudores que son los comercializadores de los productos sujetos a pago. (Art.25 de la LPI)

Por tanto el esquema y la secuencia de razonamiento en esta postura sería: hay una obligación civil, que trae su causa de la ley que la establece (ex lege), que de una parte están los acreedores y de otra los deudores, y que tiene por objeto la compensación de un presunto daño producido por la copia realizada, para uso privado de obras sujetas al derecho de autor, y que como toda obligación tiene un precio que es la remuneración compensatoria por copia privada.

⁶⁰ Orden del Ministerio de la Presidencia 1743/2008 de 18 junio.

4.4. REMUNERACIÓN COMPENSATORIA ¿JUSTIPRECIO?

Para analizar este apartado hay que partir de la consideración, que la base de la copia privada no es el tan traído y llevado art 25 de la LPI que tantas veces se cita. La verdadera base de la copia privada es el art.31.1 anteriormente citado.

La licencia que este artículo otorga, al igual que la obligación civil a la que da lugar, es una licencia “ex lege”, es decir establecida en la ley y sin que el autor o titular de derecho haya tenido la oportunidad de manifestarse al respecto, sobre algo que forma parte de su ámbito pleno de ejercicio de su derecho, como es el derecho de propiedad en el más amplio sentido de la facultad de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes (art. 348 Código Civil).

Pues bien el autor, el titular de derecho de propiedad intelectual, que goza de una protección que amplía el campo tradicional de la titularidad jurídica de propiedad, como es el derecho moral de autor (art 11 de la LPI), que le atribuye una serie de garantías que favorecen la permanencia e inviolabilidad de su obra, ve como se le priva del derecho de integridad de la obra, permitiendo a los usuarios la copia de la misma siempre que se cumpla unos requisitos.

Se podría hablar de que esto constituye un límite al derecho de propiedad intelectual, al efecto de hacerlo compatible con el derecho de acceso a la cultura, pudiendo afirmarse que lo que realmente se produce es una expropiación del derecho de autor, invocándose precisamente ese derecho de acceso a la cultura, como el interés público que justifica la indicada expropiación.

En efecto al autor se le priva de una parte importantísima de las facultades que integran su derecho de propiedad intelectual, cual es la integridad y el derecho de copia, al permitir hacer copias de manera indiscriminada y de forma absolutamente legal. Y el autor aunque no quisiera prestar su consentimiento, no puede hacer nada al

respecto, sino tan sólo lo aceptarlo, obteniendo únicamente una compensación económica que recibirá, no del causante del daño sino de la entidad de gestión que a su vez lo cobrará no del copista, sino del que comercializa el producto .

Por tanto podría considerarse que dado que se produce una auténtica expropiación, y que el interés público sería la necesidad de compatibilizar el derecho de autor, con el derecho de acceso a la cultura, la remuneración compensatoria supone un justiprecio que compensaría el daño que la privación de esa facultad de autorizar la copia le produce al autor.

A pesar del esfuerzo en establecer el adecuado paralelismo, entre los elementos que integran la estructura de ambas instituciones-copia privada y expropiación forzosa-, la naturaleza administrativa de la expropiación forzosa referida a un acto administrativo de la autoridad competente en la materia, aconseja descartar esta opción, si bien no es menos cierto que esa alteración del contenido del derecho de propiedad intelectual, se produce no sólo sin autorización del autor sino a veces con su propia oposición.

4.5 REMUNERACIÓN COMPENSATORIA. ¿TRIBUTO?

Es frecuente ver en diversas manifestaciones de usuarios y en otros foros de discusión, como a veces se utiliza expresión de la remuneración compensatoria como el canon por copia privada que es un “tributo a favor de la SGAE”, lo que supone una simplificación enorme al considerar a la SGAE como única entidad acreedora del canon y además recaudadora de un tributo.

No cabe duda que la mecánica recaudatoria establecida en relación con la remuneración, supone una clara similitud con el sistema recaudatorio de algunos tributos. En efecto el apartado 13 del art 25 en la nueva redacción dada por la Ley

23/2006 de 7 de julio, establece la obligación del deudor de la presentación de una declaración-liquidación en los 30 días siguientes a la finalización de cada trimestre natural, en la que se especifiquen las unidades, capacidad y características técnicas de los equipos, aparatos y soportes materiales respecto de los cuales haya nacido la obligación de pago de la compensación durante dicho trimestre.

Por su parte el art 15 del mismo art 25 citado establece que el pago se efectuará por los deudores en el mes siguiente a la fecha de finalización del plazo de presentación de la declaración-liquidación antes indicada. Es evidente la similitud con el sistema de gestión y pago, por ejemplo con el Impuesto de Valor Añadido⁶¹. Si a ello se le une el carácter semipúblico que se atribuye a las Entidades de Gestión, por el hecho de tener que ser reconocidas por el Ministerio de Cultura e inscritas en el Registro correspondiente del citado Ministerio, no es de extrañar que erróneamente a veces se califique a la remuneración o compensación como tributo.

Sin embargo nada más lejos de la realidad. La carencia de carácter público de las Entidades de Gestión así como el destino privado de los fondos recaudados, cuyo destino no es en ningún caso ni el Tesoro Público, ni cualquier otra caja pública, descarta cualquier intento de equiparación por más que la gestión práctica tenga similitudes.

En alguna ocasión se le ha intentado atribuir naturaleza tributaria como exacción parafiscal, dada su afectación a un fin concreto, al efecto de obtener alguna declaración negativa de la constitucionalidad de la institución de copia privada y así lo ha reconocido la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1997 cuando dice en uno de sus considerandos: “ *la naturaleza jurídica de la remuneración*

⁶¹ RUIZ HIDALGO, C. : Op. cit. Pag 220: “ Lo cierto es que el canon se asemeja a su vez con alguna de las características propias del tributo-la coactividad-, mientras que otras se acercan a las propias de las exacciones parafiscales como que son la afectación y la extrapresupuestariedad”.

compensatoria no es la propia de una exacción parafiscal, al faltar en ella el carácter contributivo, su destino a la financiación de gastos públicos o necesidades colectivas, que sería necesario para la afirmación contraria. Se trata de una obligación de naturaleza jurídico-civil, dirigida a compensar anualmente, los derechos de propiedad intelectual de naturaleza jurídico-privada, por tanto, dejados de percibir por razón de la reproducción para uso privado del copista que la ley permite sin autorización del autor, es decir, a compensar una ganancia dejada de obtener, de la que son acreedores los autores de obras publicadas en forma de libros o publicaciones asimiladas a éstos de fonogramas, videogramas o en cualquier otro soporte sonoro, visual o audiovisual". Lo mismo se desprende de la más reciente STS de 25 octubre de 2005 (RJ 2006/309).

Sin embargo algún autor como Ruiz Hidalgo ha querido ver un atisbo de naturaleza tributaria, aunque sin poder encajar el canon en ninguna de las categorías de tributo.⁶²

4.6 CONCLUSIÓN: RE MUNERACIÓN COMPENSATORIA. NATURALEZA SINGULAR

⁶² HIDALGO RUIZ, C.: Op. cit. Pag 227: "Parece claro que el legislador español no ha estado muy afortunado en la redacción de ciertos preceptos de la LPI, lo que ha contribuido a alimentar dudas y confusión sobre la naturaleza de la prestación. Efectivamente, la LPI dispone que el canon como una prestación patrimonial de carácter coactivo, más propia de los precios privados, y sin embargo, introduce aspectos relacionados con la cuantificación y repercusión de las prestaciones patrimoniales.

A tenor de la remisión al régimen general de la LGT, cabría deducir que, en su fuero interno, el legislador se decanta por reconducir el canon al régimen jurídico del tributo, pero sin encaje en ninguna de las categorías tributarias".

Por tanto y tras el exhaustivo repaso a las diferentes alternativas, aunque alguna de ellas fuera claramente descartable a priori, llegamos a la conclusión que nos encontramos ante una institución que no tiene encaje en las categorías tradicionales, por lo que hay que reconocer la singularidad de su naturaleza jurídica.

Podemos concluir a la vista de todo lo anterior, que en efecto la remuneración compensatoria es una institución que trae su causa de la copia privada, que a su vez es una licencia que constituye una excepción al derecho de autor, y que está estructurada como una obligación civil “ex lege”, y que tiene como objeto compensar al autor por los daños derivados por esa licencia, concebidos como las cantidades dejadas de percibir por los originales dejados de adquirir como consecuencia de esas copias.

4.7 REMUNERACIÓN COMPENSATORIA O COMPENSACIÓN EQUITATIVA

Deliberadamente hemos dejado para el final de este capítulo el comentario, sobre una de las principales novedades que ha introducido en la materia la reiterada Directiva, y es el concepto de compensación frente al tradicional de remuneración.

En efecto ya hemos visto como una institución con prácticamente 22 años de vigencia en nuestro país, (origen Ley de Propiedad Intelectual de 1987), con varios cambios legislativos, ha mantenido inalterables sus conceptos básicos, precisamente hasta este momento en el que no podía ser de otra forma ante una Sociedad Digital de profundos y rápidos cambios. Uno de los cambios de más calado es la sustitución del concepto de “remuneración compensatoria”, por el de “compensación equitativa” que tiene un alcance superior al mero alcance terminológico o semántico.

En efecto desde un punto de vista jurídico la noción de “compensación” es diferente de la “remuneración”. Ciertamente la remuneración alude al pago de alguna

obligación derivada de una contraprestación o adquisición de un derecho, y la compensación alude al restablecimiento de un desequilibrio patrimonial objetivamente causado por la conducta de un tercero.

Desde esta perspectiva la Directiva introduce a nuestro juicio una de las modificaciones más importantes, derivadas de la consideración del nuevo entorno digital. Hasta la fecha y aunque se hablaba de compensar un daño, este constituía únicamente el criterio de cálculo pues lo que realmente se hacía era “pagar”, era “remunerar” por una licencia. Por eso en el análisis que vimos anteriormente, huíamos de calificar como indemnización a la remuneración, y sí más cercana a la figura del precio. Contradicción también era que ese precio se calculaba no en función del valor de la prestación, sino en función de un daño que ante la dificultad de su cálculo, acudía a un sistema de cánones fijos, en función de las ventas de equipos. Es por ello por lo que algún sector de la doctrina hablaba de la remuneración compensatoria, como “una nueva forma de explotación del derecho de autor”.

Pues bien el panorama cambia con la compensación equitativa. No se trata de “pagar o remunerar” nada, ahora lo que se trata es de “compensar” un daño y de manera equitativa, es decir calculando exactamente ese daño y limitando la compensación al mismo. En este supuesto se invierte el planteamiento tradicional, y nos encontraríamos más cerca de la indemnización que del precio.

Clarísimo en este sentido es el famoso Considerando 35 de la Directiva, que por su importancia, merece citarse en su integridad. En efecto el citado Considerando establece: *“En determinados casos de excepciones o limitaciones, los titulares de los derechos deberían recibir una compensación equitativa para recompensarles adecuadamente por el uso que se haya hecho de sus obras o prestaciones protegidas. A la hora de determinar la forma, las modalidades y la posible cuantía de esa compensación equitativa, deben tenerse en cuenta las circunstancias del caso concreto.”*

A continuación el citado Considerando añade uno de los criterios que pueden ser utilizados indicando que: *“Un criterio útil para evaluar estas circunstancias sería el posible daño que el acto en cuestión haya causado a los titulares de los derechos. Cuando los titulares de los derechos ya hayan recibido una retribución de algún tipo, por ejemplo, como parte de un canon de licencia, puede ocurrir que no haya que efectuar un pago específico o por separado”*.

Añade a continuación el citado Considerando 35 unas consideraciones en relación con las medidas tecnológicas, y con el alcance del daño que clarísimamente pretende establecer una ecuación exacta entre el daño causado, y la compensación a realizar limitando la misma o bien por la escasa entidad, o bien por la eficacia de esas medidas tecnológicas. En efecto añade: *“El nivel de compensación equitativa deberá determinarse teniendo debidamente en cuenta el grado de utilización de las medidas y tecnológicas de protección contempladas en la presente Directiva. Determinadas situaciones en las que el perjuicio causado al titular del derecho haya sido mínimo no pueden dar origen a una obligación de pago.”*

En cualquier caso cabría preguntarnos si en definitiva en ambos casos la compensación o remuneración se hace en términos del daño causado, por qué los titulares de derecho estaban en contra de ese nuevo enfoque de la compensación equitativa. Tan en contra estaban, que incluso lograron que en el anteproyecto de reforma de la ley por la que se transponía la Directiva 29/2001/CE, mantuviera en el artículo 25 la expresión antigua de remuneración compensatoria. La razón evidentemente deriva del sistema de cálculo de ese daño. En efecto según el sistema antiguo, el carácter de remuneración/precio permitía calcular el daño en base a unos cánones fijos, en función del volumen de ventas de equipos, lo que no necesariamente se correspondía con dicho daño pero garantizaba unos niveles de recaudación.

Con el sistema de compensación, se requiere el cálculo del daño efectivamente causado, y dado que los sistemas digitales permite el cómputo y control de ese acceso a la copia, esa evaluación deberá ser matizada en función de varios factores

como las medidas tecnológicas, o el daño incuantificable por insignificante. No cabe duda que si lo que se busca es un claro afán recaudatorio, principal crítica y motivo de ataque por el usuario a la copia privada, el sistema tradicional tiene más ventajas. Si lo que se persigue es la equidad y justicia del sistema, no cabe duda que el sistema introducido por la Directiva responde más esos valores.

4.8 CONSTITUCIONALIDAD DE LA REMUNERACIÓN COMPENSATORIA.

Es una materia que ha sido debatida desde el primer texto legal en el año 1987, y que ha atravesado diversas vicisitudes, tanto en lo relativo a la constitucionalidad de la institución en sí, como la posible inconstitucionalidad de algunos de los aspectos que las diversas reformas legislativas, han ido introduciendo. Veremos por ejemplo y en su momento alguna referencia a la constitucionalidad o no de la Disposición Adicional 2ª de la reforma de 1992, la constitucionalidad o no del derecho de verificación, etc.. Pero aquí, en el capítulo relativo a su naturaleza jurídica, creo que lo más apropiado es referirnos a la propia institución en sí.

El análisis que realizaremos lo plantearemos de manera, que nos referiremos exclusivamente a los artículos de nuestra carta magna, que recogiendo derechos fundamentales, pueden verse afectados por la institución comentada

4.8.1 Remuneración compensatoria y derecho de propiedad.

Veamos por tanto en primer lugar la relación entre la remuneración compensatoria y el derecho de propiedad. El derecho de propiedad está reconocido en el artículo 33 de la Constitución, que es del siguiente tenor literal:

1. *Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia.*
2. *La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las Leyes.*
3. *Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto en las Leyes”.*

Aparece ubicado en la Sección Segunda del Capítulo Segundo, Título I de la Constitución. Ello significa que tal derecho, según el artículo 53 de la Constitución, vincula a todos los poderes públicos. Y “sólo por Ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades”. Ello quiere decir que en la regulación que la Ley haga del derecho de propiedad existe un núcleo irreductible de tal derecho, del que el legislador no puede disponer. Como ha señalado el Tribunal Constitucional en su sentencia 11/81, de 8 de Abril, “*se entiende por contenido esencial aquella parte del contenido de un derecho sin la cual éste pierde su peculiaridad; o, dicho de otro modo, lo que hace que sea reconocible como derecho perteneciente a un determinado tipo. Es también aquella parte del contenido que es ineludiblemente necesaria para que el derecho permita a su titular la satisfacción de aquellos intereses para cuya consecución el derecho se otorga*”.

Evidentemente, la fijación de lo que sea el contenido esencial de cada derecho consagrado constitucionalmente es una labor interpretativa que atañe al Tribunal Constitucional y en relación con el derecho de propiedad, conviene citar la sentencia del Tribunal Constitucional 37/87, de 26 de Marzo, que se expresa del siguiente modo:

“Por ello, la fijación del “contenido esencial” de la propiedad privada no puede

hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a éste subyacen, sino debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo. Utilidad individual y función social definen, por tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes.

Al filo de esta perspectiva, que es la adoptada por la Constitución, resulta oportuno hacer notar que la incorporación de exigencias sociales al contenido del derecho de propiedad privada, que se traduce en la previsión legal de intervenciones públicas, no meramente ablativas en la esfera de las facultades y responsabilidades del propietario, es un hecho hoy generalmente admitido. Pues, en efecto, esa dimensión social de la sociedad privada, en cuanto institución llamada a satisfacer necesidades colectivas, es en todo conforme con la imagen que de aquel derecho se ha formado la sociedad contemporánea y, por ende, debe ser rechazada la idea de que la previsión legal de restricciones a las otrora tendencialmente ilimitadas facultades de uso, disfrute, consumo y disposición o la imposición de deberes positivos al propietario hagan irreconocible el derecho de propiedad como perteneciente al tipo constitucionalmente descrito. Por otra parte, no cabe olvidar que la incorporación de tales exigencias a la definición misma del derecho de propiedad responde a principios establecidos e intereses tutelados por la propia Constitución, y de cuya eficacia normativa no es posible sustraerse a la hora de pronunciarnos sobre la vulneración o no por la Ley impugnada del contenido esencial o mínimo del derecho a la propiedad agraria que ésta delimita y regula".

Es decir, el Tribunal Constitucional viene a consagrar que como parte integrante de la definición del derecho a la propiedad, ésta esté supeditada al interés social y sometida a límites; aceptando que se impongan al propietario, en virtud de tales exigencias sociales, deberes positivos inherentes al propio derecho. Así, en el caso estudiado por la sentencia, se permitía que la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 12 de Enero de 1973, exigiera al propietario agrícola explotar la tierra, a

mejorarla y a promover laboralmente a los trabajadores del campo.

Tales límites y deberes que integran el derecho de propiedad vienen establecidos en la propia Constitución. Así, el artículo 128 de la Constitución subordina toda la riqueza del país al interés general; el artículo 40 impone a todos los poderes públicos la obligación de promover las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa; el artículo 31 obliga a todos los españoles a contribuir al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica; y, en fin, por citar otro ejemplo, y sin ánimo de incluir todos los deberes establecidos constitucionalmente, y que pueden incidir en el derecho de propiedad, cabe decir que el artículo 39 establece que los poderes públicos asegurarán la protección social, económica y jurídica de la familia; y la protección y asistencia de los hijos.

Por tanto, el contenido esencial del derecho de propiedad, sea cual sea su proyección, está, en primer término, integrado por los deberes impuestos constitucionalmente que pueden constituir la función social de la propiedad.

Por otro lado, y como antes decíamos, definido el contenido esencial de l derecho de propiedad, es posible someterlo a límites o restricciones. Así lo ha declarado el Tribunal Constitucional en referencia a los límites inherentes a todo derecho constitucional:

STC 114/1992, de 14 de septiembre:

“... esta regulación podrá establecer límites al ejercicio del derecho fundamental, que serán constitucionalmente válidos si, respetando su contenido esencial, están enderezados a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardan la adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida”.

STC 57/1994:

“Al igual que ocurre con el resto de los derechos fundamentales, éstos no son absolutos, y pueden ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que aquellos hayan de experimentar se revele como necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho”.

Procede así examinar si hay algún deber o interés jurídico de rango constitucional que justifique la privación de una cantidad económica con destino a las Sociedades de Gestión de derechos de autor, bien por integrar el contenido esencial del derecho de propiedad, bien por constituir un límite constitucionalmente legítimo al mismo.

En el caso que nos ocupa entendemos que no es posible argumentar que la remuneración compensatoria tenga nada que ver con el contenido esencial del derecho de propiedad de los deudores.

Hay que partir de la base de que dicha remuneración, tal y como se define por la Ley de Propiedad Intelectual, forma parte de su proyección meramente patrimonial. Y resulta que la Constitución no tutela especialmente el contenido patrimonial de la propiedad intelectual. Si bien su artículo 20.1, apartado b), protege el derecho a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica; tal es una manifestación de la libertad de expresión, tal y como ha señalado el Tribunal Constitucional en su sentencia 153/85, que afecta, en todo caso, a la proyección personal de tal derecho. Pero no se establece, en ningún caso, y por ningún precepto, que los poderes públicos o que cualesquiera empresarios hayan de promover de cualesquiera forma la propiedad intelectual. Menos aún establece que los vendedores de aparatos de reproducción o reprográficos hayan de velar por la protección de dicha forma especial de propiedad.

Tal idea es fundamental a los efectos que estamos tratando. Porque, en

principio, sería pensable que la Constitución previera una prestación como la que nos ocupa. Así ocurre, por ejemplo, con la obligación de satisfacer alimentos, que descansa en el deber de asegurar la protección de la familia, impuesto por el artículo 39 de la Constitución.

Pero excluido tal supuesto, no puede decirse que el derecho de propiedad de los deudores se vea afectado en su configuración por la remuneración compensatoria. La razón es que no estamos ante un tipo especial de propiedad, la de los deudores, que pueda verse condicionada por una función colectiva. Es decir, no es un supuesto equivalente al de la propiedad agraria, o al de la propiedad urbana, que están condicionadas en su uso al interés público, lo que conlleva determinadas prestaciones o cargas. La propiedad de los deudores es la misma que la de cualquier fabricante o importador, y como tal no está sometida a ninguna carga social, sino que la Ley de Propiedad Intelectual impone una prestación específica porque entiende que un determinado sector, en el que se integran los deudores, tiene que sostener un interés que el legislador considera prioritario. Pero tal prestación no es una carga social, sino una privación de propiedad a un sector determinado, para engrosar el derecho de propiedad de otro. Tiene, por tanto, su sacrificio y su beneficiario perfectamente delimitados. Entonces, por definición, no puede entenderse que se esté definiendo un tipo especial de propiedad, la de los deudores, delimitada por su función social, sino que está previendo una auténtica expropiación.

Tampoco nos parece sostenible afirmar que los derechos patrimoniales de los autores y editores constituyan el interés general a que alude el artículo 128 de la Constitución. Primero, porque esa no ha sido la voluntad del legislador, ya que ni en la Exposición de Motivos ni en ningún otro lugar de la Ley de Propiedad Intelectual, ni de ninguna otra norma, se viene a señalar que el derecho de propiedad de las empresas que fabriquen, importen o vendan aparatos de reprografía o de reproducción sonora de datos, haya de entenderse configurado y delimitado por los derechos de autor. En segundo término, cabe decir que tampoco se puede extraer que sea esa la voluntad tácita de la Ley, en la medida en que lo que la misma busca es una simple

compensación ante una opción legislativa, a saber, la que ha escogido no declarar indemnizables las copias privadas.

Por tanto, no se trata de que exista un interés colectivo al que haya de satisfacer determinados sectores, sino de consagrar un derecho a obtener una remuneración de tales sectores en virtud de una pérdida que se produce por una opción legal. Por último, y por lo dicho, lo que la Ley protege es un interés privado y sectorial muy concreto, a saber, el derecho de propiedad intelectual, que, no olvidemos, es un tipo de propiedad de igual rango constitucional que la de los deudores. En ningún caso parece deducirse de la normativa vigente que exista un interés colectivo que limite el derecho de los deudores. Más bien se sacrifica el derecho de propiedad de éstos para atribuir a los autores y editores un elemento más que integra la propiedad intelectual.

En conclusión, el derecho a recibir la remuneración compensatoria integra, según una norma con rango legal, un tipo especial de propiedad, la llamada propiedad intelectual, que, como todo derecho de propiedad, se protege en el artículo 33 de la Constitución, antes citado. Por lo tanto, podrán existir colisiones entre el derecho de propiedad intelectual y otros derechos de propiedad, tema sobre el que volveremos más tarde, pero la Constitución no impone a nadie, específicamente, el deber de promocionar la propiedad intelectual, ni señala que la misma sea objeto de interés colectivo. Por lo tanto, no puede fundamentar la remuneración objeto de este estudio en que la misma obedece a un interés constitucionalmente tutelado.

Una vez argumentado que la remuneración compensatoria no se justifica como carga social, procede estudiar si encuentra su justificación en la colisión de derechos. Cabe examinar el problema que nos ocupa desde otra perspectiva, cual es si existe una colisión de derechos entre los deudores de la remuneración compensatoria y los titulares del derecho de autor.

En el caso que nos ocupa, el motivo de la remuneración compensatoria parece

ser el compensar a los autores de las pérdidas económicas sufridas por la reproducción sin pagar derechos de autor de obras ya divulgadas para uso privado del copista y siempre que la copia no sea objeto de utilización colectiva ni lucrativa.

Conviene insistir, y ello es muy importante a los efectos de este análisis, que la copia privada que da lugar a la remuneración compensatoria es autorizada por la Ley.

Además, conviene añadir que el problema de la copia privada atañe a quien la realiza, que puede ser cualquier ciudadano o persona jurídica, no forzosamente coincidente con los deudores. En consecuencia, el hipotético caso de que existiera una colisión, la misma tendría lugar entre el derecho de propiedad de todas las personas privadas que poseyeran medios de reproducción y los autores.

Pues bien, no puede existir colisión entre el derecho de propiedad intelectual y el de propiedad de las personas citadas por la sencilla razón de que la Ley de Propiedad Intelectual establece como límite al derecho de propiedad intelectual la copia privada. Es decir, la propia Ley nos aclara cuál es el contenido del derecho de propiedad intelectual, y excluye del mismo el derecho a recibir remuneración alguna por la copia privada.

Por lo tanto no puede hablarse de colisión entre derechos. No se produce un daño por el hecho de que los deudores vendan los equipos a que se refiere la remuneración, o porque se realice la copia privada sin fines lucrativos. La copia privada, por definición de Ley, no es indemnizable. Y si no lo es, ni causa daño o la venta de los equipos gravados, ni puede decirse que exista colisión de derechos.

Es cierto que la configuración legislativa pudiera haber sido otra, y que podría el legislador haber considerado indemnizable la copia privada. Al no haberlo hecho, lo que constituye en realidad la remuneración compensatoria es una indemnización a los autores por una opción de política legislativa, a saber, la que ha excluido como ilícito la copia privada. Por ello, tampoco puede justificarse la remuneración citada en una

eventual colisión de derechos.

Pero en cualquier caso, aun cuando fuera indemnizable la copia privada, la colisión entre derechos, y, por lo tanto, la obligación de resarcir al titular del derecho de autor, será entre quien realiza la copia privada y aquel, pero nunca entre los definidos deudores de la Ley de Propiedad Intelectual y los autores.

De lo dicho, se desprende que la remuneración compensatoria es inconstitucional, en la medida en que vulnera el artículo 33 de la Constitución.

En efecto, en la medida en que, como hemos dicho, no es una carga social, ni existe colisión de derechos, supone una privación singular del derecho de propiedad sin indemnización alguna, sin deber de rango constitucional que lo justifique y sin que tenga como causa la indemnización de un daño ilegítimo, lo que vulnera de plano el precepto citado.

Porque frente a ello no cabe alegar que el canon se repercute al consumidor final. Como hemos dicho en otro lugar, aunque el apartado 16 del artículo 25 de la Ley de Propiedad Intelectual obliga a repercutir, no existe obligación legal alguna para el cliente de aceptar la repercusión. Ello dependerá del poder negociador del deudor, pero en cualquier caso, la obligación del cliente final vendrá de terminada “ex contractu” y no “ex lege”. En consecuencia, no puede decirse que el deudor sea un mero recaudador, sino que es quien sufre directamente el efecto de la obligación legal.

Por ello, se define por la Ley como deudor, y por lo mismo, ésta perfila nítidamente quienes han de pagar la remuneración, con independencia de su posible repercusión.

Pero en cualquier caso, aunque la repercusión fuera efectiva, la remuneración compensatoria no dejaría por ello de ser inconstitucional, ya que en ese caso afectaría a los clientes finales, quienes acabarían pagando una prestación sin causa alguna.

4.8.2. La remuneración compensatoria y el derecho a la libre empresa.

También, como hemos dicho, incide la remuneración citada en el derecho fundamental a la libertad de empresa. Tal der echo se contempla por el artículo 38 de la Constitución, que establece que *“se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”*.

Interpretando este precepto, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional tiene declarado:

S.T.C. 83/1984, de 24 de Julio:

“Respuesta menos fácil tiene, en apariencia, el segundo de los mencionados interrogantes, pues si bien el tenor literal del artículo 53.1 de la C.E., que se refiere a todos los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del Título I, impone la reserva de Ley y al legislador la obligación de respetar el contenido esencial de tales derechos y libertades, es evidente, de una parte, que no hay un “contenido esencial” constitucionalmente garantizado de cada profesión, oficio o actividad empresarial concreta y, de la otra, que las limitaciones que a la libertad de elección de profesión u oficio o a la libertad de empresa puedan existir no resultan de ningún precepto específico, sino de una frondosa normativa, integrada en la mayor parte de los casos por preceptos de rango infra legal, para cuya emanación no puede aducir la Administración otra habilitación que las que se encuentran en cláusulas generales, sólo indirectamente atinentes a la materia regulada, y, desde luego, no garanten de contenido esencial alguno. La dificultad, como decimos, es sin embargo sólo aparente, pues el derecho constitucionalmente garantizado en el artículo 35.1 no es el

derecho a desarrollar cualquier actividad, sino el de elegir libremente profesión u oficio, ni en el artículo 38 se reconoce el derecho a acometer cualquier empresa, sino el de iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial, cuyo ejercicio está disciplinado por normas de muy distinto orden”.

Se trata, pues, del derecho a iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial, dentro de unos límites a los que luego nos referiremos.

Destacamos, también, la S.T.C. 88/1986, de 1 de Julio, que dice así:

“El reconocimiento de la economía de mercado por la Constitución, como marco obligado de la libertad de empresa y el compromiso de proteger el ejercicio de ésta – art. 38, inciso 2º - por parte de los poderes públicos suponen la necesidad de una actuación específicamente encaminada a defender tales objetivos constitucionales. Y una de las actuaciones que pueden resultar necesarias es la consistente en evitar aquellas prácticas que puedan afectar o dañar seriamente a un elemento tan decisivo en la economía de mercado como es la concurrencia entre empresas, apareciendo así la defensa de la competencia como una necesaria defensa y no como una restricción, de la libertad de empresa y de la economía de mercado, que se verían amenazadas por el juego incontrolado de las tendencias naturales de éste”.

Por último, vale la pena transcribir un fragmento de la S.T.C. 52/1988, de 24 de Marzo, que alude a la libre circulación de bienes:

“Es cierto también que entre las condiciones básicas para el ejercicio de la libertad de empresa se halla la garantía de la libre circulación de bienes en todo el territorio nacional...”

Como vemos, el contenido esencial de dicho derecho supone la libertad de acceso al mercado y la libre gestión empresarial sometida a las Leyes de un mercado o

libre. No sólo referida a los actos iniciales de organización de la empresa, sino también a la actividad de la misma y a los actos concretos de ésta una vez creada.

Comprende, por tanto, el libre acceso al mercado, en el sentido de operar libremente en todos los sectores apetecidos, salvo los reservados al sector público, como la libertad de ejercicio de la empresa, que incluye libertad de decisión y competencia.

También hay que destacar, por la importancia que tiene en nuestro caso concreto, que el derecho contemplado va indisolublemente unido a la libre competencia, para evitar injerencias coactivas en la actividad económica por parte de los poderes públicos, y para corregir las posibles alteraciones que surjan en el propio mercado y tiendan a restringirlo. Quizás sea precisamente esta última idea la que más se ajuste al supuesto estudiado, puesto lo que ocurre, es que desde una Ley, la de Propiedad Intelectual, se efectúa una restricción de la libre competencia al intervenir en el mercado prohibiendo la compra de ciertos productos.

Pues bien, como hemos dicho y argumentado, la remuneración compensatoria impone a los deudores, en la medida en que sean estos empresarios, personas físicas o jurídicas, la obligación de imponer en sus transacciones con los clientes la remuneración compensatoria mencionada.

No cabe duda de que ello supone una restricción a la libre empresa, tal y como se ha definido el contenido de la misma. La razón es sencilla: los definidos como deudores por la L.P.I. tienen dos opciones, a saber, pagar la remuneración compensatoria y no repercutirla, interiorizándola como un coste más empresarial, lo que perjudica su margen de beneficios; o repercutirla y forzar una transacción a precio mayor. Con ello se limita su facultad de decisión, en la medida en que se impone un añadido sobre el precio obligatoriamente (la remuneración compensatoria), y además su posición competitiva en el mercado concebido en términos europeos, al tener que vender a mayor precio que sus competidores en otro lugar de Europa. Porque es

evidente que si bien los importadores son igualmente deudores, no así los fabricantes ni los distribuidores de aquellos países de Europa en que no se paga ningún canon.

Podría entenderse que tales restricciones no afectan al contenido esencial del derecho de libertad de empresa, en la medida en que, en esencia, y pese a la remuneración compensatoria, los empresarios no pierden lo fundamental de su capacidad de decisión, ni se les impide competir en términos razonables en el mercado.

Ahora bien, lo que sí es evidente es que se trata de una restricción injustificada, desde el momento en que se impone para la salvaguarda de un derecho que como hemos visto, no viene especialmente tutelado por la Constitución. En efecto, como hemos dicho en otra parte, la copia privada no es ilegítima. Los autores no tienen derecho por la realización de tales copias a ningún tipo de remuneración. Y si ello es así, es totalmente injustificada y desproporcionada la restricción de un derecho fundamental, que se sacrifica en beneficio de un interés puramente privado, cual es el de los autores o incluso el de las sociedades generales de autores.

Por ello, podría entenderse que la remuneración compensatoria puede ser igualmente inconstitucional desde el momento en que se vulnera el derecho a la libre empresa.

CAPITULO 5.- LA INDUSTRIA EL ECTRÓNICA PIERDE LA BATAL LA JUDICIAL CON LAS ENTIDADES DE GESTIÓN.

5.1 ENTORNO SOCIOLOGICO, EMPRESARIAL Y NORMATIVO EN 1997.

5.2 NEGOCIACIONES FRUSTRADAS ENTRE LA INDUSTRIA Y LAS ENTIDADES DE GESTIÓN.

5.3 CONFLICTIVIDAD JUDICIAL: PRESENTACIÓN DE DEMANDAS POR LAS ENTIDADES DE GESTIÓN.

5.4 ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS

5.5 APERTURA DE UN NUEVO PROCESO NEGOCIADOR

5.1. ENTORNO SOCIOLÓGICO, EMPRESARIAL Y NORMATIVO EN 1997.

Como hemos visto en el capítulo precedente, la evolución en el tratamiento de la copia privada, y su remuneración compensatoria, se tradujo en una constante evolución y cambio normativo, hasta dar con un sistema que sin ser determinante, en cuanto a su eficacia, al menos evitó, parcialmente, las distorsiones experimentadas en el inicio de la implantación de un sistema de recaudación.

Sin embargo en los años que van desde 1996, fecha de la última reforma comentada, hasta el año 2006, fecha en la que se produce la última regulación de la institución, adaptándola al entorno digital, no se aprueba ninguna otra norma y la situación viene condicionada por varios factores, a saber: incipiente evolución tecnológica hacia el mundo digital, intensificación del fraude en el mercado para los productos sujetos a remuneración, ausencia de regulación que resuelva los problemas existentes, y consecuentemente soluciones basadas en negociación no reglada entre las partes. Veremos a continuación, con más detalle, alguno de estos apartados.

No obstante con carácter previo, considero, que antes de comentar los problemas en su día producidos, hay que hacer alguna consideración sobre la evolución tecnológica y sobre el nivel del fraude, lo que nos permitirá, sin duda, comprender mejor el epígrafe siguiente y la necesidad de negociación entre las partes.

Sobra decir que la evolución tecnológica que se ha producido en los últimos años, no tiene parangón en la historia de la humanidad. Hay quien ha comparado el fenómeno de internet con la revolución industrial del siglo XIX, y con la máquina de vapor. Y en efecto de autentica revolución puede calificarse tal fenómeno.⁶³

⁶³ MUÑOZ M. ORI, J.A.(2011): “Justificación antropológica y social de la idea de propiedad intelectual”. En la obra colectiva coordinada por PADROS REIG Y LOPEZ SINTAS, J.: “El canon digital a debate. Revolución tecnológica y consumo cultural en un nuevo marco

Pero no sólo lo hay que quedarse en el fenómeno internet, sino que con la adecuada amplitud de miras, veremos como la telefonía ha evolucionado a través de la movilidad a límites insospechados, que han cambiado nuestros hábitos y forma de vida. Dejamos al margen, por no exceder a los límites de esta obra, los efectos colaterales negativos que algunos han querido ver, y que se traducen en falta de intimidad y pérdida de algunos valores. Pero ese es un debate, que supera con creces los límites de la presente obra. Baste aquí decir que parece, al menos en principio que la tecnología, como todo en la vida, correctamente utilizada, y dentro de un esquema de valores, nos aporta más ventajas que inconvenientes.

Pues bien todo este desarrollo tecnológico, con las extraordinarias consecuencias apuntadas, de ser una auténtica revolución social, no hubiera sido posible sin la incorporación de la tecnología digital, que aporta el sistema binario de dígitos para el tratamiento de la señal, lo que se traduce en un mayor y mejor control de la misma, y hablamos por tanto de una mayor percepción de calidad por el usuario. Y por otro lado hablamos de una mejor utilización del espectro o del soporte (cable, fibra, etc...), lo que se traduce de cara al usuario en términos de una mayor capacidad. Capacidad que puede ser usada para almacenamiento de información o para mejor uso simultáneo, etc....

Cantidad y calidad por tanto, son las ventajas directas que se producen al usuario como consecuencia de la aplicación de la tecnología digital. Y esto sin duda es lo que ha propiciado que esta tecnología haya sustituido totalmente, y sustituyera en su momento, y en un tiempo record a la tecnología analógica.

jurídico-económico". Barcelona. Atelie r. Pag. 22: En el inicio del Siglo XXI el marco de discusión se orienta a la reformulación del concepto de propiedad de lo inmaterial bajo los imperativos de la revolución tecnológica, generadora de nuevos escenarios de tránsito de contenidos culturales desmaterializados".

A ello se podría añadir otras mejoras tecnológicas, como la que ha supuesto la posibilidad de aplicación de la nanotecnología, que ha permitido miniaturizar los dispositivos y sistemas. No obstante, una mayor profundización en otros aspectos tecnológicos creemos que excede a los límites de la presente obra, pues debemos centrarnos en las consecuencias de esa evolución tecnológica en todas sus manifestaciones, para la institución que comentamos, más que en un análisis pormenorizado de la evolución tecnológica.

En la percepción del usuario, como es lógico solo está, y no es poco, una mejora en las prestaciones que el bien o el servicio le proporciona. Sin embargo las consecuencias para el derecho de autor, son bien diferentes y como es lógico incidieron y siguen incidiendo en la regulación del mismo.

Ya hemos apuntado que una optimización del espectro, o de la capacidad de un producto facilita una mayor capacidad de almacenamiento. Tan sólo por poner un ejemplo la Televisión Digital Terrestre supone que un solo radiodifusor, donde antes tenía un solo canal para emitir su programación ahora dispondrá de dos multiplex, lo que supone cuatro canales de programación. Es decir ha multiplicado por cuatro su capacidad de emisión de programas.

Otra característica como decíamos es la calidad. Desde el punto de vista del derecho de autor, esta mejora de la calidad se traduce en una mejor prestación del contenido de la obra, y lógicamente en un estímulo a la demanda por parte del usuario, que obtiene unas prestaciones especiales, cercanas en algunos casos, como ocurre con la música, a una percepción de música en directo, más que almacenada en un soporte.

Todo ello nos llevaría a pensar en un mundo idílico, en el que el autor ve que la tecnología se pone a su servicio para, mejorar los sistemas de comunicación y también de distribución de su obra, y por otro el usuario que recibe una mejor prestación.

Lamentablemente, en el mundo del derecho de autor, la mayoría de las veces los cambios no son pacíficos, sino que más bien producen no pocos conflictos y distorsiones. Pues bien este es un caso típico, de esas consecuencias que apuntábamos. No olvidemos que en la institución que comentamos su base radica en la existencia de un daño, que se produce como consecuencia de la copia, y debe realizarse una reparación que al menos será proporcional al daño causado.

Por tanto si hablamos de una tecnología que permite una mayor capacidad de almacenamiento, ello trae la consecuencia de que existe una mayor capacidad de copia, luego será mayor el daño producido y por tanto la restitución del mismo deberá ser mayor. Asimismo las posibilidades de uso de determinadas técnicas, que la tecnología digital permite, como es la compresión de datos, abunda más en esas posibilidades de aumentar la capacidad de almacenaje. Es decir, un dispositivo fabricado con una previsión de capacidad determinada, puede ver incluso aumentada la misma, en base a la incorporación de un determinado software.

Esto que estamos meramente apuntando no es en absoluto baladí, y de hecho la ya citada Directiva 2001/29/CE, en su Considerando 38 prevé que: “*La copia privada digital puede propagarse mucho más y tener mayor impacto económico....*,” Todo ello en relación a la copia privada analógica.

Como podemos imaginar, y se desarrollará cuando hablemos de la fase de negociación, este argumento fue utilizado por los acreedores, al efecto de ver aumentadas sus aspiraciones económicas de recaudación. Baste aquí decir que los deudores argumentaron que la existencia de capacidad de copia per se, no produce necesariamente un aumento del daño pues en la mayoría de ocasiones no se agota la capacidad de dispositivos o sistemas, aportando a tal efecto estudios de hábitos del consumidor que así lo acreditaban.

La polémica nos llevaría sin duda a rellenar multitud de páginas, con

argumentos a favor y en contra, sin llegar lamentablemente a un resultado cierto, pues es imposible determinar qué uso definitivo va a dar un usuario a un soporte o sistema. Y en materias como esta, en las que el capricho de uso, y en las que el factor humano tiene tanta incidencia, es sin duda imposible, llegar a soluciones absolutas.

En cualquier caso este análisis como decimos es más propio de la fase de negociación, por lo que a ella nos remitimos, pues sólo por la vía del consenso o la negociación podía resolverse una materia de esta naturaleza.

Otro aspecto que trae consigo la tecnología digital, y que será desarrollado en su momento, es el relativo a las posibilidades de protección del repertorio protegido por el derecho de autor. Baste a qué decir, que si bien es cierto, como se indicaba anteriormente, que la tecnología digital permite una mayor capacidad de almacenamiento, no es menos cierto que también permite una mayor capacidad de control y protección de los contenidos ante la copia indiscriminada o ilegal, a través de las medidas de protección tecnológicas.⁶⁴

En cuanto al segundo factor que apuntábamos al principio, “el fraude”, en los términos que se comenta en el capítulo tercero de esta obra, es considerado como la venta de un producto sin pagar el canon compensatorio, lo que le da una ventaja competitiva, al poder vender el producto a precio más barato. Normalmente, este tipo de fraude va unido a fraude fiscal, y de otra naturaleza, lo que no hace más que ampliar la diferencia de precio y por tanto poner en peor situación, a aquel deudor que cumple con la ley.

⁶⁴ LOPEZ RICHART, J: P. cit. Pag 197: “... el principal problema que plantean las medidas tecnológicas de protección es que pueden poner en peligro ese delicado equilibrio que siempre antes había venido establecido por la ley, en la medida en que con ellas el titular de los derechos de explotación puede reducir o limitar *de facto* los usos considerados hasta ahora legítimos de una obra protegida por el derecho de autor.”

Pues bien, en este periodo que se inicia en el año 1996, en el que coincide la publicación de la hasta entonces última normativa, con la aparición en el mercado de los primeros dispositivos digitales, las dudas en la aplicación de la ley, las noticias confusas, los procedimientos judiciales, etc... propicia que el fraude aumente a unos niveles insostenibles, sin que por parte de las entidades de gestión se adoptaran las medidas procesales oportunas, y sin que por parte de la Administración se adoptara medida alguna, que podía ir desde iniciativa parlamentaria, a simple adaptación de la ley a la realidad social, facultad esta, comprendida en la Disposición Adicional Tercera del Real Decreto Legislativo 1/1996.

Esta situación, lejos de ser perjudicial solamente para los deudores del canon, tanto por el fraude como por la inseguridad jurídica que suponía, también era especialmente perjudicial para las Entidades de Gestión, que veían mermada su recaudación, día tras día. En efecto, por un lado estaba el fraude y por otro, incluso aquellas empresas que operaban legalmente, declaraban solamente las ventas de productos analógicos, por considerar que solamente estos debían ser compensados, pues eran, a su juicio, los únicamente afectados por la ley vigente. Era realmente excepcional las empresas que incluían en sus declaraciones trimestrales productos o soportes digitales.

De ahí el interés que existía por ambas partes para al menos, iniciar una negociación que permitiera llegar a un resultado práctico, que resolviera la situación y que diera satisfacción a ambas partes. Por eso en el año 1998 de manera informal, se empezaron a desarrollar reuniones entre representantes de las entidades de gestión, y representantes de ASI-MELEC, ASOCIACION MULTISECTORIAL DE EMPRESAS ESPAÑOLAS DE ELECTRONICA Y COMUNICACIONES, Asociación mayoritaria entre las empresas afectadas por el canon, y que asumió la representación de las mismas, en los términos que se desarrollan en el apartado siguiente.

5.2 NEGOCIACIONES FRUSTRADAS ENTRE LA INDUSTRIA Y LAS ENTIDADES DE GESTIÓN.

Sólo con repasar el entorno legislativo y empresarial al que aludíamos antes, podemos comprender lo difícil que eran esas primeras negociaciones.

En efecto las posturas estaban sumamente encontradas, y partían de principios tremendamente maximalistas. Así en efecto, los representantes de las Entidades de Gestión entendían que la situación era bien sencilla. Por un lado pensaban que la vigente ley, aun estructurada para el producto analógico, era perfecta y fácilmente aplicable al producto digital. En general todo el mecanismo de recaudación, control, etc...era perfectamente aplicable. Existía un pequeño problema salvable, derivado de la necesidad de conversión de los minutos,-no olvidemos criterio fijado en la ley para cuantificación del canon- en bytes. Para ello aplicaban reglas técnicas que inmediatamente fueron cuestionadas por el colectivo de deudores.

Otro aspecto era que en la ley se fijaban las cantidades en pesetas. Esto no suponía ningún problema pues se resolvía aplicando la legislación específica, dictada al efecto con las normas de conversión al euro y redondeo.

Pues bien, la situación para las entidades de gestión era tan sencilla, que incluso publicaron en medios escritos e internet, una tabla de tarifas aplicables a los equipos y dispositivos digitales, con una apariencia de legalidad absoluta, cual si se tratase de tarifas previstas en la propia ley. Dado que incluso aplicaban, a su libre albedrío, la posibilidad de incorporar a algunos productos programas de compresión, la tarifa resultante era en algunos tramos hasta diez veces más cara que la inicialmente prevista en la ley.

Con esas premisas, la postura de las empresas deudoras fue la de considerar, que la ley estaba pensada para los productos analógicos, y por tanto si se quería someter al pago de la remuneración compensatoria a los productos digitales, e ra

necesario que se dictara una nueva norma (bastaba una orden ministerial de adaptación en base a la Disposición Adicional Tercera de la ley antes referida), en la que se recogiera todas las peculiaridades de estos nuevos productos, y por supuesto la tarifas que le son aplicables. Mantenían esta postura además de por convencimiento, y por qué no decirlo por un interés de no pagar, por considerar que la obligación establecida en la ley había devenido imposible, por lo que en aplicación del famoso principio general del Derecho, “ad impossibilia nemo tenetur”, y más concretamente el art.1.184 del Código Civil: “*También quedará liberado el deudor en las obligaciones de hacer cuando la prestación resultare legal o físicamente imposible*”, el deudor no tenía ninguna obligación de efectuar declaración alguna a las Entidades de Gestión, y aunque mantenía tal condición de deudor, quedaba liberado de la obligación de pago.

Pues bien, en ese clima y con esos planteamientos iniciales, comenzó la negociación a finales del año 1998, extendiéndose durante el año 1999, siempre en un proceso informal, en absoluto tutelado por la Administración, que decía o prefería ignorar la existencia de lo mismo. Varios altibajos se produjeron. Sin embargo debió reconocer como profundo conocedor del mismo, pues actué como representante de los deudores, que en ningún momento se atisbó la posibilidad de lograr el esperado acuerdo.

Salvo en cuestiones secundarias, como medidas de control, colaboración en la información para perseguir el fraude, etc..., se produjo algún avance. En lo sustancial y más importante y determinante: productos y tarifas no hubo un solo momento de constatar, tan siquiera acercamiento de las posturas, que como hemos visto estaban profundamente alejadas.

En efecto, una de las partes decía que en algunos tramos había que pagar hasta casi diez veces más de lo previsto en la ley. Mientras la otra parte indicaba que no había que pagar nada en los productos digitales. Ni siquiera alguna propuesta salomónica, más bien intencionada que técnicamente fundamentada, consiguió tan siquiera el mérito de ser seriamente considerada por las partes.

Como era de esperar el cansancio, la falta de esperanza en un resultado positivo, y la confianza de un nuevo marco jurídico en breve plazo que resolviera la situación, (no olvidar que en esas fechas comenzaron los trabajos preparatorios de la nueva Directiva), propició que se abandonaran las negociaciones, y que estas quedaran prácticamente en el mismo punto muerto en el que empezaron.

Deliberadamente he obviado, una mayor profundización en los planteamientos jurídicos en los que se basaban ambas partes, para defender su postura, por entender que no eran demasiado relevantes, y por considerar que los mismos se basaban en intereses económicos que no necesariamente tienen su correlativo jurídico.

En cualquier caso un mayor y profundo análisis jurídico de la situación, tiene sentido y así se hará, cuando comentemos los fallos judiciales, que se dictaron para resolver esta materia.

5.3 CONFLICTIVIDAD JUDICIAL: PRESENTACION DE DEMANDAS POR LAS ENTIDADES DE GESTION.

A la vista de esta situación, los deudores adoptaron una actitud que podríamos calificar de pasiva, por considerar que la solución a la situación, debería venir de una nueva legislación, que analizara el fenómeno de la tecnología digital en todas sus vertientes, y en relación con el derecho de autor, estableciendo por tanto el régimen jurídico correspondiente a la institución que estudiamos.

La confianza que esta era la mejor solución, derivaba además de la consideración de los movimientos legislativos, que se estaban desarrollando en la Unión Europea en un deseo armonizador de la materia por un lado, y de adaptación al nuevo entorno tecnológico digital por otro.

Por tanto, al menos en un principio, parecía lo más sensato, esperar a esos desarrollos legislativos para tomar postura en relación a los mismos, limitándose durante ese periodo a una actividad de lobby ante la Administración, recordando los tradicionales problemas que el canon históricamente había producido, como el frau de, incremento de precio, distorsiones de mercado, etc... en el ánimo que tales problemas fueran tenidos en cuenta en el futuro, a la hora de legislar.

Insospechado era el trabajo que por su parte estaban desarrollando las entidades de gestión, y que cuando fue conocido por los deudores causó no poca sorpresa. En efecto las entidades de gestión no se resignaron a esperar pacientemente, un cambio legislativo, y a tratar de influir en el mismo a favor de sus intereses. Sin olvidar este frente, apostaron decididamente por un frente contencioso judicial, con la presentación de varias demandas reclamando el pago de la remuneración compensatoria por copia privada. Consideraban que dejar transcurrir el tiempo sin realizar nada, además del perjuicio económico que les producía por las cantidades dejadas de recaudar, podría interpretarse como una dejación por su parte del ejercicio de las acciones y derechos que les correspondía, e impedir su ejercicio futuro. Por lo tanto, al menos como acto interruptivo de prescripción, consideraban que eran necesarias tales acciones judiciales.

Es fácilmente imaginable la sorpresa de los deudores, cuando recibieron las demandas, pues si bien en la fase negociadora, se había planteado y advertido de su posibilidad, siempre se consideró como un elemento de la estrategia negociadora, y nunca como una posibilidad fáctica y real, por parte de los acreedores.

Son varios los elementos comunes que podemos ver en las demandas que se presentaron. En primer lugar no se interpone un número elevado de demandas. Con cierta habilidad, no exenta de astucia, las entidades de gestión plantean no más de seis demandas, contra empresas muy concretas, de características diferentes, y de posición en el mercado también diferente. Reservadamente las propias Entidades

reconocían que se trataba de una estrategia deliberada. Era como un test y en función de resultado/sentencia, se plantearían la presentación masiva de demandas. De ahí que hubieran realizado prácticamente una muestra o segmentación de mercado, a la hora de fijar los objetivos, contra los que se dirigirían las demandas, para realizar de la mejor forma posible ese test.

Otro elemento común, y relevante a considerar en las demandas, era el hecho que no se trataba de una demanda de reclamación de cantidad *strictu sensu*. A pesar de lo que pudiera pensarse, ello era lógico. En efecto la cantidad a reclamar se calcula en función de las ventas de productos afectados por la normativa, que realiza la empresa deudora obligada al pago. A tal efecto la empresa, como hemos visto anteriormente, está obligada a presentar una declaración, en base a la cual se calcula la cantidad a pagar, aplicando la tarifa prevista en la ley. Si como en el caso que nos ocupa la empresa no presentaba declaración alguna, por entender que la ley no afectaba a tales productos, y por tanto no estaba obligada a ello, era imposible para la Entidad de Gestión reclamar cantidad alguna pues no había podido calcularla. Por tanto el *petitum* de la demanda se orientaba a pedir al Juez, que obligara a la empresa demandada a entregar a las Entidades de Gestión, la información en relación con las ventas de determinados productos, de manera que la deuda pudiera ser debidamente liquidada y facturada, exigiendo a continuación el pago de la cantidad resultante, que previamente no se podía fijar por las razones apuntadas.

Todo esto tenía un claro fundamento legal, basado en los apartados 21 y 22 del artículo 25 del Texto Refundido de 1996, que recordemos, según se indica en otro capítulo, permitía la verificación de la documentación necesaria para el cálculo de la remuneración compensatoria, aunque no indicaba cual era esa documentación, y con tan sólo el límite del respeto al principio de intimidad y confidencialidad mercantil.

No dejaba de ser un proceso complejo, pues en el caso incluso de fallo favorable, las entidades de gestión corrían el riesgo posterior de impago de la factura, lo que les obligaba a otro procedimiento, si bien en fase procesal de ejecución de

sentencia, de reclamación de cantidad, aunque sin capacidad de defensa alguna por parte de los deudores, pues la legitimidad de la deuda estaba reconocida.

Otro aspecto importante a considerar, era el carácter retroactivo de la exigencia de las entidades de gestión. En efecto las entidades de gestión consideraban, que la obligación de pago nacía, de conformidad con la ley, y al igual que para los productos analógicos, con la comercialización o puesta en el mercado de los productos. Por tanto desde que el producto fue comercializado, esa obligación existía y las Entidades consideraban que no podían hacer dejación de ese derecho, y a pesar de haber transcurrido algunos años, solicitaban al Juez que la empresa deudora, aportara datos sobre esos ejercicios ya pasados, para también proceder a liquidar la deuda y facturar las cantidades correspondientes a dichos años. Vaya por delante que el pronunciamiento judicial a este respecto no fue pacífico, como veremos más adelante.

Aunque en todo momento, estamos hablando de tecnología digital como algo genérico, a la hora de concretar las demandas, estas se centraron en productos muy específicos. Varias son las razones que justifican tal situación: por un lado, no hay que olvidar que nos encontramos a mediados de los años noventa, en lo que era un inicio de la penetración de esta tecnología, por lo que el catálogo de productos no era muy amplio. Por otra parte había razones de pura estrategia de las Entidades de Gestión. En efecto si su reivindicación hubiera abarcado varios productos, quizás se podía haber producido alguna duda, en ciertos aparatos o dispositivos, cuya afectación a la remuneración compensatoria podría ser al menos algo cuestionada, lo que podría haber contribuido a cuestionar el principio básico de afectación a la remuneración compensatoria. Había que encontrar un producto digital que no dejara la mínima duda respecto a su afectación y de general consumo.

Por otra parte, no era menos importante que, en el caso de obtener éxito, este se centrara en aquellos productos o materiales de mayor eficacia recaudatoria. Por tanto, las demandas se centraron en obtener sentencias declaratorias, que afirmasen

la sujeción al canon, es decir a la remuneración compensatoria de los conocidos como CD-R , abreviatura de los términos “Compact Disc Recordable”, que en esos años (principio de los noventa), comenzaban a sustituir en su uso a las tradicionales casetes de audio. Todavía el DVD no había hecho presencia en el mercado.

Lo cierto es que la estrategia judicial de las entidades de gestión, era cuando menos inteligente. Por un lado, concentraban los esfuerzos en un solo producto, CD-R, y en el caso de obtener sentencias favorables, se traduciría en una amplia recaudación, y por otro permitiría establecer un paralelismo con otros productos (grabadoras CD-R, por ejemplo), lo que sin duda presionaría a los deudores a incluirlos también en sus declaraciones, por temor de evitar el riesgo de otro procedimiento judicial.

Por otro lado, al concentrarse tan sólo en unos pocos procedimientos, la posible publicidad de su resultado positivo, sin duda sería un elemento a valorar, por otros deudores un poco renuentes al pago, quienes sin duda reconsiderarían su posición al respecto.

En el apartado y capítulo siguiente veremos el resultado de esta estrategia, que si bien tuvo un, podíamos calificar claro y rotundo éxito judicial, produjo un impacto en la opinión pública, con un resultado, a nuestro juicio, enormemente negativo, del que aún no se han recuperado las entidades de gestión.

5.4 ANALISIS DE LAS SENTENCIAS

Pues bien, ante esta situación, la primera reacción de la industria, lógicamente, fue de preocupación ante un escenario novedoso y totalmente inseguro en su resultado. Esta preocupación aumentaba ante la amenaza de que los fallos judiciales, reconocieran el carácter retroactivo de la deuda, aspecto este ciertamente excepcional

en nuestro ordenamiento, pero con claros precedentes en esta propia institución (recordar Disposición Adicional Segunda Ley 20/1992, ya comentada en otro capítulo).

¿Cuál fue, a la vista de este planteamiento, los argumentos de defensa de los fabricantes/ importadores o legalmente “deudores”? Básicamente fueron varios, aunque uno prevaleció sobre los demás. En primer lugar, hay que reconocer, que quizás por la experiencia habida en el ámbito analógico, los deudores renunciaron a plantear argumentos que cuestionasen, la legitimidad, justicia o constitucionalidad de la institución. Es decir nadie basó su defensa, en que la remuneración compensatoria vulneraba los principios básicos de nuestro Derecho, como el sistema de reparación del daño, la reparación indiscriminada, etc..., criterios y matizaciones que ya han quedado expuestos en otros capítulos, en los que se habían basado estrategias anteriores, todas ellas, hay que reconocer sin éxito.

La claridad del Derecho positivo ha dejado poco margen para que, en el ámbito de lo que Alejandro Nieto⁶⁵ llamaría el paradigma tradicional del arbitrio judicial, que basado “*en tres pilares de granito que ha resistido con facilidad todas las tormentas ideológicas y técnicas que ha padecido Europa desde la revolución metódica de Gény: el positivismo textual y sus corolarios del principio de legalidad y de la seguridad jurídica*”, el juez tuviera un margen de manobra lo suficientemente amplio, para sin alterar los principios elementales de la exégesis más ortodoxa de las normas, llegara a una conclusión diferente como era la de no pago, o la de ilegitimidad de la institución. Una constante en este trabajo, ha sido comprobar cómo el legislador siempre tuvo como objetivo fundamental blindar la institución, y en efecto y en este momento de análisis, judicial, debemos reconocer que lo consiguió. Probablemente en otras áreas, ya hemos visto, como tuvo fallos clamorosos que, incluso cuestionaron la aplicación práctica de la institución; no obstante en cuanto al reconocimiento y vigencia de la misma, el éxito es absoluto, y la prueba más clara está en el resultado. Pues cuantas acciones judiciales han sido ejercitadas por los deudores al respecto,

⁶⁵NIETO, A.(2000).:” El arbitrio Judicial”. Barcelona .Ariel. Pag. 26

han estado condenadas al fracaso, al menos en esta etapa, o bajo el marco normativo que hemos venido llamando analógico.

Por tanto sin renunciar, desde un punto filosófico a las consideraciones de fondo que cuestionan la institución, los deudores optaron por otros criterios y estrategia, para hacer frente a la situación. Veamos cuáles fueron.

Evidentemente el primero era negar la posibilidad de aplicar la norma analógica a un producto digital. Sin embargo y dado que las Entidades de Gestión se habían centrado en un producto, CD-R, la estrategia a mi juicio equivocada, fue la de centrar los esfuerzos en la falta de idoneidad del producto para copiar, o mejor dicho la falta de idoneidad por razón de su destino.

En efecto en aquellos años se comercializaban dos productos en el mercado: el llamado CD-R Datos y el llamado simplemente CD-R. El primero estaba pensado para su uso exclusivamente en ordenador y para aplicaciones informáticas, afirmándose por los expertos y por las casas comercializadoras que no era idóneo para fijar y reproducir música, a diferencia del CD-R normal cuya función principal era precisamente la reproducción de música. Se alegaba también que la única forma de obtener las prestaciones de calidad de audición en una obra grabada, era a través de CD Audio. También el precio era diferente.

Pues bien este era el centro de la polémica: determinar o no si el CD-R Datos, o también conocido como CD-R Informático podía grabar música, es decir si en términos del art. 25 del Texto Refundido de 1996 “era idóneo para copiar”, material protegido por el derecho de autor.

Con gran claridad lo expresa la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2, de Esplugas de Llobregat, en el caso contra la empresa VERBATIM, cuando en el Fundamento de Derecho Primero se dice expresamente: “*La parte demandada se opone a la demanda porque considera errónea la interpretación que la actora realiza del artículo 25 de la LPI.*”

Estima que no se puede equiparar el CDR Audio y el CDR Informático. El CDR Informático no está pensado para reproducir fonogramas sino contenido informático y ello con independencia que el usuario final realice una utilización inapropiada de dicho CDR Informático”.

En este mismo sentido se manifestó la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 22 de Barcelona en el caso contra la empresa TRAX DATA, cuando dice en el Fundamento de Derecho Segundo: “ *Con respecto a la primera cuestión, la entidad demandada alega que no puede equipararse el CDR Audio (por el cual ya paga remuneración, aunque dice que indebidamente (?), con el CDR Informático, al entender que éste está pensado no para reproducir fonogramas, sino contenido informático, con independencia de que el usuario final realice una utilización indebida del mismo”.*

Se utilizaron otros argumentos relativos a la falta de *legitimación* de las Entidades de Gestión para actuar como demandante, y otros relativos a obligaciones accesorias como los documentos a poner a disposición de dichas entidades de gestión. En cualquier caso, cuestiones secundarias que fueron fácilmente desestimadas por los jueces.

Más claro aún es el pronunciamiento de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Cornellá en el caso contra la empresa CIOCE, S. A. cuando en el Fundamento de Derecho Segundo declara: “ *El principal motivo de oposición alegado por la demandada no es otro que el de entender que dichos soportes CDR estarían exceptuados del derecho de remuneración compensatoria por copia privada por cuanto, a pesar de permitir la reproducción para uso privado de obras musicales integrantes del repertorio de la actora, los mismos se comercializan para otros usos- la grabación de datos- que quedan fuera del campo de la reclamación objeto de la presente litis....”*

Como vemos de las tres sentencias referenciadas, se deduce claramente la estrategia de los deudores, que fue común en todos los casos planteados, y era reducir la cuestión a si el CD Informático tenía capacidad para grabar obras musicales, es decir si era idóneo según el art 25 del Texto Refundido de 1996. Así lo declara clarísimamente la Sentencia en el caso Traxdata, antes aludida cuando dice el Fundamento de Derecho Segundo: “ *El problema pues, quedaba centrado en la capacidad del CDR Informático como medio de reproducción de fonogramas, porque evidentemente, si es medio idóneo, quedará dentro del campo de acción del artículo 25 de la LPI, que no admite sino una interpretación literal*”.

Centrada así la cuestión, cabría plantearnos si la estrategia judicial de los deudores fue o no acertada. Desde luego si nos atenemos a los fallos judiciales, la respuesta es claramente negativa pues no hemos encontrado un solo fallo, que admitiera tal argumentación. Por otro lado aunque era un riesgo claro, reducir una cuestión de esta enjundia tecnológica y jurídica a una cuestión tan simple, de si el CDR Informático es o no idóneo para grabar música, hay que tener en cuenta dos factores: uno es que los deudores consideraban que se valoraría positivamente el hecho de que no cuestionaban el principio básico, es decir pagar por la remuneración compensatoria, y de hecho algunos declaraban que así lo estaban haciendo para el CDR Audio, y por otro lado es cierto que la idoneidad del CD Informático estaba cuando menos cuestionada. Por último no hay que olvidar un dato importante de mercado: en aquellos años las ventas de CDR Audio no superaba el 5% del total del mercado de CDs en España. Por tanto si se excluía el CD Informático que suponía, prácticamente un 95% del mercado, quedaba excluido gran parte del problema.

No obstante a nuestro juicio, y a pesar de esas consideraciones, se podía haber aprovechado la ocasión, para hacer valer argumentos de más enjundia, derivados de la imposibilidad de aplicar una ley analógica a un producto digital, por muy idóneo que sea para grabar. No obstante se optó por una vía más cómoda, que no eliminaba el problema pero que, en el caso de prosperar lo hubiera reducido sensiblemente.

Pues bien, centrado el núcleo de la cuestión en un tema tecnológico o de idoneidad de un producto, para copiar obras musicales protegidas por el derecho de autor, veamos en este apartado lo indicado en su momento, al respecto por diversos fallos judiciales.

Como es lógico deducir, tanto por parte de los demandantes como de los demandados, se aportaron sendos informes técnicos que trataban de acreditar las posturas planteadas. Así las Entidades de Gestión aportaron un informe técnico que como regla general indicaba, y así se recoge en la Sentencia Traxdata: “que los CDR son en la actualidad el soporte que mejores prestaciones ofrece para la grabación musical y por ello el comúnmente utilizado, destacando las enormes posibilidades de almacenamiento de información que ofrecen las nuevas tecnologías....”. Por su parte según se indica en la misma Sentencia: el informe pericial elaborado como prueba por la parte demandada señaló que la diferencia entre el CDR Audio y el CDR Data o Informático está en la estructura de la información, aunque el aspecto sea el mismo”.

Lo cierto es que los mismos informes técnicos periciales fueron usados en los diferentes procesos planteados, lo que justifica que los razonamientos de los jueces fueran semejantes en esta materia. Así, aunque el informe de la parte demandada, acreditaba que el CDR Data es un soporte de grabación digital, que puede almacenar cualquier tipo de información que esté codificada en binario, y no puede realizar reproducción alguna por sí mismo, indicaba al mismo tiempo que podía almacenar audio digital si se graba de grabadora dependiente de un ordenador. De ahí dedujeron los jueces que, aún en determinadas circunstancias y con determinados requisitos, el CD Data podía grabar música.

Por otra parte, se llegó a la conclusión de que el CDR Audio era un soporte, con unas prestaciones específicas que permitían la grabación y reproducción de música con unos niveles adecuados de calidad, y con garantía de ser reproducido en cualquier aparato reproductor. Sin embargo el CD Data, aún pensado para una

finalidad diferente, lo cierto es que podía grabar música, si bien a veces no podía ser reproducido según en qué aparato reproductor se realizara, y a veces con unos escasos niveles de calidad.

Por tanto el hecho que el CD Data “permitiera” en algunos casos la grabación, aunque esto supusiera un uso anormal de su funcionalidad, no impedía que los jueces consideraran, que se trataba de un soporte “idóneo” para copiar, y por tanto sujeto a remuneración compensatoria. Así de claro se manifiesta en la Sentencia del caso TRAXDATA cuando se indica en el Fundamento de Derecho Segundo que : “ *Es evidente, a la vista de los referidos informes, que el CDR Informático o data es un medio idóneo para la reproducción de fonogramas para uso privado*”. Y por su parte en el Fundamento de Derecho Segundo de la Sentencia del caso VERBATIM, se dice: “*Desde el punto de vista de idoneidad de reproducción existe una equiparación entre los CDR- Audio y los CDR-Data, según he descrito*”

En conclusión, y dado que la cuestión se centró en una cuestión técnica o tecnológica, la totalidad de los fallos resolvieron a favor de las entidades de gestión, yo diría que con cierta lógica, a la vista de las argumentaciones y de los informes periciales.

Como crítica, a las sentencias en su conjunto en esta materia, es que se centraron casi exclusivamente en este apartado técnico, para justificar el fallo estimatorio, a favor de las entidades de gestión, y los otros argumentos presentados por los deudores fueron despachados de forma, podríamos decir, bastante ligera y superficial.

Bien es cierto que, como dijimos el gran fallo de los deudores fue centrarse sólo en las diferencias técnicas entre el CDR Audio y el CDR Data; no obstante frente al argumento planteado en el caso Traxdata, relativo al imposible control sobre la debida utilización por el consumidor de los CDR Data, considerar que no es aceptable “*porque es bien sabido cuál es hábito del consumidor español, el de grabar mediante*

ordenador /aparato ya común en todos los hogares) los CDs legalmente adquiridos por otras persona, o grabar música y otros materiales directamente de Internet, y si así lo hace es porque se puede, es decir, porque los soportes , los CDR, lo permiten, siendo responsabilidad de quienes lo fabrican o los importan y distribuyen en el mercado español conociendo sus características”, nos parece un ejercicio de simplificación, cuando menos criticable.

¿En qué estudio se basó el Juzgador para una afirmación de esa naturaleza? Qué análisis de parque de ordenadores con grabadores de CD instalado realizó, qué estudio de hábitos de uso consultó, etc... para tamaña afirmación que le permite rechazar un argumento de gran enjundia, como se pudo comprobar en el futuro. A sí vemos como pronunciamiento semejantes, realizan manifestaciones diferentes y contrarias, sobre el mismo argumento, así en Fundamento de Derecho Segundo de la Sentencia en el caso CIOCE, dice literalmente: “ ...que si bien no es común en la mayoría de los hogares españoles la existencia de un aparato grabador, lo cierto es que cada vez es más sencillo el acceder a tales aparatos....” Creo que sobra comentarios sobre la ligereza argumental con la que el Juzgador se quitó de encima cuestiones de gran calado jurídico.

El Juzgador desaprovechó una magnífica oportunidad, para pronunciarse en algo que posteriormente, como veremos, constituyó unos de los núcleos principales del debate, tanto en la aplicación del llamado canon digital, como en el debate parlamentario del nuevo proyecto de ley en la materia. Nos estamos refiriendo a la aplicación de lo que la sociedad internauta ha llamado “canon indiscriminado”, en general derivado de los “productos multifunción”, también conocidos como “productos o soportes híbridos”.

Es cierto, que los fallos judiciales llevaban en parte razón, cuando calificaban al CD Data como un soporte idóneo, para grabar música; pero no es menos cierto que esta no era su función principal y que los CD Data en un alto porcentaje, (se estimaba en su momento en más de 70% del mercado total) se utilizaban para otras funciones,

que en nada tenían que ver con la copia de material protegido por el derecho de autor, como eran las aplicaciones profesionales, copias de seguridad, fotos particulares, etc... Y esto es algo, que como veremos con más detalle cuando analicemos el entorno social en la tramitación de la nueva ley, nunca han entendido los usuarios, y constituye, a mi juicio, uno de los puntos más débiles de la institución comentada. El usuario constantemente se hace esta pregunta: ¿Por qué hay que pagar por la adquisición de un producto, que nunca causará el daño, que me obliga a compensar? Esto es lo que se ha llamado “canon indiscriminado”, pues compensas un daño que se produzca o no.

No se puede justificar esta situación con argumentos tan débiles, y si se me permiten tan frívolos, como que es bien sabido el hábito de copiar por ordenador del consumidor español, afirmación que se realiza sin más apoyo técnico que la percepción personal del propio Juez, que no alude a ningún estudio de hábitos de uso, ni referencia a la base sociológica a la que se refiere, ¿los jóvenes quizás? ¿El CD Data se usaba sólo en los hogares? ¿Los CD Data vendidos a la Administración también gozaban de esa presunción de copia?. Podríamos seguir planteando interrogantes, que no demostrarían la injusticia de una situación, que supone pagar por algo que no has hecho, y respecto a esto ha habido una sentencia, puede que más dura que la de un Juzgado de Primera Instancia, y ha sido la sentencia de la opinión pública que no entendió ni entiende esta situación, y que para sorpresa de las Entidades de Gestión jugó un papel muy activo en el futuro.

Otro argumento, a nuestro juicio de gran calado, pero que se planteó y se resolvió, casi como si fuera una cuestión secundaria, fue el planteado en el caso VERBATIM. La parte demandada en su escrito de contestación alega que “*legislador de 1992, de cuyo texto se mantiene la regulación del derecho de remuneración por copia privada, sólo conocía la problemática derivada del soporte analógico clásico- cintas de video y audio- por lo que considerar que la sujeción de soporte digital informático no podía ser objeto regulación.*” El Juzgador solventa el tema, indicando que la misma demandada reconoce venir pagando el CDR Audio, por lo que si

reconoce el derecho de remuneración al CDR Audio, debe reconocerlo al CD Data. Sinceramente no podemos considerar más absurdo e incongruente este argumento, dicho con el máximo respeto al Juzgador. Precisamente lo que hace el demandado es ser coherente. Precisamente porque considera que no son productos iguales, y en ello basa su defensa, se comporta de forma diferente respecto a los mismos: satisface la remuneración en un caso y en otro no lo hace porque lo considera imposible. Lo raro sería que, considerándolos diferentes, satisficiera el canon en los dos casos.

Pero insistimos una vez más, en que nuestra crítica a estas sentencias, viene matizada por considerar que se parte de un error estratégico de los deudores, que se centraron en un producto y en un criterio técnico, sin profundizar en cuestiones de más calado y transcendencia.

En cuanto al Fallo de las Sentencias, todos fueron estimatorios, no habiendo detectado ningún caso en el que se diera la razón a la parte demandada. Además los fallos son bastantes coincidentes sobre todo en su estructura, debido sin duda a que eran estimatorios en su integridad del “petitum” de las demandas, que era igual en cada una de ellas.

Así básicamente el fallo en primer lugar, venía a condenar a la entidad deudora, normalmente una empresa, a permitir el control de las operaciones sujetas a la remuneración compensatoria. A tal efecto a continuación solía indicar detalladamente, la documentación contable precisa para controlar la remuneración. Esto fue de nuevo un éxito de las entidades, que tradicionalmente habían tenido dificultad en obtener la documentación, a su juicio necesaria, para el cálculo del canon. La facultad que les daba los párrafos 21 y 22, del artículo 25, relativo al derecho de verificación, no entraba en ese detalle. Pues bien gracias a las reiteradas sentencias obtuvieron un fallo judicial que detallaba como documentación necesaria para el cálculo del canon, y por tanto debía ser facilitada por el deudor, la siguiente:

- a) Autoliquidaciones de los períodos 1997, 1998, 1999 y tres

primeros trimestres del año 2.000.

- b) Facturas de venta que se corresponden con las autoliquidaciones.
- c) Importaciones: facturas de proveedores, declaraciones de Intrastat, modelos 349 trimestrales, etc. de los mismos períodos.
- d) Listado de Inventario por productos al 31 de diciembre de cada año sujeto a revisión.
- e) Cuentas de Mayor de cada Proveedor.
- f) Cuentas de Mayor de Compras
- g) Libros de IVA (facturas emitidas y recibidas) de cada año sujeto a revisión.
- h) Declaraciones de IVA mensuales o trimestrales y resúmenes anuales de cada año sujeto a revisión.
- i) Modelo 347 de cada año sujeto a revisión.
- j) Balance de Sumas y Saldos por año sujeto a revisión y con subcuentas.
- k) Catálogo, listado de productos sujetos a canon, etc...

Una vez fijada la obligación, de poner a disposición del demandante, la oportuna documentación, se establecía la obligación del demandado, a soportar el análisis y control de la misma, y por supuesto a hacer frente al pago de la cantidad resultante.

Nótese que no daba ninguna regla de conversión o adaptación de los criterios de la ley, a pesar que en alguna demanda se llamaba la atención sobre la dificultad de conversión de los minutos en megas (Caso Verbatim). Sin embargo, nada se decía al respecto en el fallo, lo que sin duda permitía aventurar, el surgimiento de nuevos conflictos. Ello afortunadamente no fue así, gracias a los pactos que posteriormente veremos entre acreedores y deudores.

Por último y en lo que al fallo se refiere, solo nos queda comentar la única

diferencia que existió, entre las diferentes sentencias, y que se refirió únicamente, a la exigencia retroactiva o no de la remuneración.

En efecto el planteamiento de las Entidades de Gestión era claro. Se consideraba que las empresas habían comercializado el CDR tanto de Audio como el Data desde el año 1997. Por tanto era lógico, que en las demandas se solicitara que los demandados hicieran frente a sus obligaciones desde el año 1997, hasta la fecha de la sentencia. Así vemos que en los Fallos de las Sentencias, tanto de los casos Verbatim como Traxdata, se establece la obligación a las empresas demandadas, de presentar la autoliquidación correspondiente a los CDR, a los que considera sujetos a remuneración compensatoria, de los años 1997, 1998, 1999, y los trimes tres del 2.000 previos a la sentencia.

Sin embargo, en la sentencia del caso CIOCE, S. A. el Juez estima tan sólo parcialmente la demanda, en este caso de la SGAE, ya que condena a la demandada, tan sólo a abonar la remuneración compensatoria correspondiente, exclusivamente al año 2000. En consecuencia el resto de obligaciones para hacer efectivo dicho pago, como poner a disposición de las entidades de gestión la correspondiente documentación, etc... sólo van referidas por tanto al año 2000.

¿Cuál fue la razón que llevó al Juez de Primera Instancia competente en este caso a apartarse de la línea general, y no admitir el carácter retroactivo de la obligación? La respuesta es sencilla, y tiene su fundamento, en un aspecto técnico de los informes periciales usados durante el procedimiento. En efecto en el Fundamento Tercero de la Sentencia comentada, dice literalmente lo siguiente: “ *Sentado lo anterior y, por lo que hace a las manifestaciones de la demandada en el sentido de que, en su caso, sólo vendría obligada a satisfacer la remuneración correspondiente al año 2.000, al referirse el informe del Profesor Aracil a la expresión “en la actualidad”, de la prueba practicada efectivamente no se desprende ni resulta cabalmente posible determinar la fecha en la cual los adquirentes finales del producto de forma masiva han dado a este el uso indebido consistente en la grabación y reproducción de obras musicales,*

generadoras del derecho de remuneración por copia privada, y el propio representante legal de la actora manifiesta al ser interrogado en acto de juicio que dicha expresión viene referida al año 2.000 y que, si bien su representada tenía conocimiento de que con anterioridad a tal año ya se venía realizando dicha utilización o destino, es a partir del dictamen del Profesor Aracil cuando se tiene constancia de ello, motivos por los que deberá ser estimado dicho motivo de oposición, y entender concretada la reclamación al ejercicio 2.000”.

Curioso planteamiento este último, que viene a romper, si bien sólo para el cómputo retroactivo o no, toda la teoría anterior común a todas las sentencias. En efecto nótese que para determinar el inicio del nacimiento de la obligación, no se tiene en cuenta el momento de la comercialización del CDR, sino del momento en el que se considera que, de forma masiva, se le ha dado un uso indebido.

Sinceramente creemos que esta interpretación es errónea, aunque favorezca sin duda los intereses de los deudores, y restablezca algo de equilibrio entre las partes por las desigualdades, ya vistas, generadas en la propia ley; no obstante creemos sinceramente que si se quiso favorecer a los deudores, en una decisión que podríamos calificar de salomónica: reconociendo el principio contrario a sus intereses, pero sólo a partir de una fecha, se podría haber utilizado una argumentación más consistente.

En efecto, ya hemos visto en otros capítulos que la ley es muy clara a este respecto. El nacimiento de la obligación tiene lugar con la comercialización del equipo o material, en territorio español. Por tanto no se puede considerar, que la obligación nace con el “uso indebido” del soporte. Si nos encontráramos ante una figura tributaria, que no lo es, pero sólo para entender mejor la situación, diríamos que el hecho imponible es la comercialización y no el uso indebido.

Por otra parte se incurre en una gran contradicción, pues tanto en esta sentencia del caso CIOCE, SA, como en las otras comentadas, la base argumental de

la condena a los deudores a entregar la documentación, que permita el cálculo de la deuda para su pago, es el hecho de la idoneidad del CD Data o Informático, para grabar música, aunque ese no sea el “uso debido” del mismo. Y se reitera en los diversos fallos que como el soporte en cuestión, tiene capacidad de grabar música, debe satisfacer la remuneración compensatoria aunque tenga otros usos, e incluso el de grabar música tenga ciertas limitaciones (fuente desde la que se graba o reproduce, etc..)

Pues bien no es correcto usar el criterio de la idoneidad para someter un producto dentro del ámbito de la institución, con independencia de su uso, para luego hacer depender del mismo el momento exacto, del nacimiento de dicha obligación. Que a mediados de los años noventa el CDR Audio y CDR Data, eran productos aún no de uso masivo, era evidente, y en todo caso se podría haber puesto alguna limitación al importe de la remuneración, basado en que la capacidad de producir perjuicio era limitada; no obstante si se utiliza el criterio de la idoneidad, aunque no nos gusta por considerarlo indiscriminado e injusto, hay que ser consecuente y mantener el mismo, tanto para determinar el nacimiento de la obligación, como para fijar el momento exacto de dicho nacimiento. En este sentido creemos sinceramente que la Sentencia comentada cometió un grave error de interpretación.

5.5 APERTURA DE UN NUEVO PROCESO NEGOCIADOR

Evidentemente estos fallos favorables produjeron un doble efecto lógico: por un lado crecía la euforia de los acreedores que contaban los fallos judiciales por éxitos, y por otro lado los deudores cuyo grado de preocupación y frustración, iba asimismo en aumento, con cada fallo nuevo. Tengamos en cuenta que, con independencia de lo negativo del resultado de cara al futuro, lo más preocupante era la retroactividad. Es decir, el tener que hacer frente a un pago de varios años, cuyo importe no había sido provisionado, pues podía producir, en algunos casos, que quedara cuestionada la

propia viabilidad financiera de la empresa.

Sin embargo, si se analiza bien el contenido de los fallos, veremos cómo se trataban de resoluciones judiciales difíciles de ejecutar y cumplir, a pesar del carácter imperativo de las sentencias, y del hecho que las mismas habían recogido casi literalmente el “Suplico” de las demandas. En efecto las Entidades de Gestión habían ganado y obtenido algo especialmente importante, y es el reconocimiento, prácticamente unánime, de la sujeción de los CD Data a la remuneración compensatoria.

De ahí, a ver cumplida su legítima aspiración de cobrar las cantidades correspondientes a la misma suponía, había un largo camino, no exento de dificultades, que parecía abocado a unos complejos procesos de ejecución de sentencia, para determinar entre otras cosas la conversión de minutos a megas, la afectación o no del uso multifuncional de un equipo, la tarifa de los llamados equipos y soportes “híbridos”, es decir los que tenían capacidad para grabar audio y video, que ya en esa época empezaban a proliferar, existiendo en la ley sólo tarifas diferenciadas para cada bloque, y toda una serie de casos prácticos complejos derivados de la distinta naturaleza tecnológica de los productos, lo que sin duda propició, la negociación que se desarrolló en los meses siguientes.

En efecto los deudores, aunque presentaron las correspondientes apelaciones, lo cierto es que no tenían excesiva confianza en el hecho de obtener un resultado positivo en el ámbito jurisdiccional. Asimismo, no olvidemos que una reciente reforma procesal en aquella época, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, preveía la posibilidad de ejecución de la Sentencia dictada en primera instancia, con determinados requisitos, a pesar incluso de haber sido recurrida la sentencia en ejecución. Esto propició que en los cierres contables del ejercicio correspondiente, estamos hablando del año 2000 y 2001 básicamente, los auditores obligaran, basados en el principio de prudencia contable, a realizar las oportunas provisiones al respecto, incluso en empresas que no habían sido demandadas.

Por su parte los deudores veían, que aunque los jueces les habían dado la razón, obtener el pago correspondiente iba a ser especialmente difícil, por las dificultades prácticas apuntadas y por algo que, venimos repitiendo desde el principio en este capítulo, y es la aplicación de una normativa pensada para la tecnología analógica a la tecnología digital, con sus características y peculiaridades. Sabían que se enfrentaban a procesos de ejecución de sentencia, largos, complejos y de incierto resultado. Por tanto una salida negociada tampoco era una mala solución. Y de esta forma llegamos a mediados del año 2001, y es en ese momento cuando se inicia una negociación cuyo contenido y resultado desarrollamos en el capítulo siguiente.

Para finalizar queremos destacar en este relato casi histórico de los acontecimientos, que si bien la industria de electrónica de consumo tuvo siempre la sensación de haber perdido una batalla en el ámbito judicial, no es menos cierto que, también se tenía la percepción de que algo estaba cambiando.

Hemos visto en todos los capítulos anteriores, el carácter protector y tutelar de la legislación de esta materia a favor de los autores. Ahora vemos como los jueces, de manera unánime les dan la razón, incluso admitiendo algo, que en nuestro ordenamiento es excepcional, como es la retroactividad. Cabría pensar que en los deudores cundió el desánimo. Lo cierto es que algo hubo, sobre todo por el miedo al fraude y al impacto en el mercado.

No obstante se produjo una reacción social, sobre todo en los círculos de internet, que en ningún caso podría haber sido prevista, por los titulares de derecho. Tradicionalmente estos titulares de derecho, solían utilizar argumentos como el perjuicio que se causaba a los creadores y artistas, aludiendo incluso a casos dramáticos de situación precaria de los mismos. Curiosamente esos mensajes eran transmitidos a la opinión pública, a través de personajes populares, que ni mucho sufrían situaciones económicas precarias. No obstante se consideraba, y así era, que esos personajes, por regla general queridos por el público, transmitirían el mensaje de

manera que sería mejor aceptado por el público en general.

Mientras tanto, las empresas solían aparecer como entes mercantiles-capitalistas que por obtener sus beneficios, no dudaban de poner en el mercado, aquellos productos y materiales, que podían causar daño a los autores.

Este esquema, aquí descrito, era una esquema que permaneció inalterable, desde el año 1992, fecha en la que se realizan los primeros pagos, hasta el año 2000, en el que se produce la primera sentencia que obliga a pagar por un CD, grabe o no grabe música. Esta obligación de pago indiscriminado, provocó una reacción en la “red”, hay que reconocer que avivada por todos aquellos que tenían una concepción abierta de internet, y estaban en contra de todo aquellos que suponía o podría suponer, un límite a su desarrollo.

Es decir que ni siquiera tuvieron que ser los propios deudores los que, trataran de influir en la opinión pública, sino que fueron los propios usuarios los que reaccionaron, ante lo que consideran un auténtico atropello, legal pero injusto. Nos limitamos en este apartado, y por llevar una adecuada correlación histórica, a constatar ese cambio de tendencia en el comportamiento de la opinión pública, pues a nuestro juicio, ha sido determinante en las siguientes etapas de evolución del problema, en las que habrá ocasión de profundizar al respecto.

CAPITULO 6.- LOS ACUERDOS DE ASIMELEC Y LAS ENTIDADES DE GESTIÓN: UNA PACIFICACIÓN CUESTIONADA

6.1 NUEVA NEGOCIACIÓN: ASPECTOS JURÍDICOS Y CONDICIONES DEL ENTORNO

6.2 ACUERDOS ASIMELEC Y ENTIDADES DE GESTIÓN: CONTENIDOS Y ANÁLISIS JURÍDICO

6.2.1 Acuerdos del bloque de Reprografía entre CEDRO, VEGAP Y ASIMELEC.

6.2.2 Acuerdos del bloque de fonogramas y Videogramas entre SGAE, AIE, EGEDA, AISGE, DAMA Y ASIMELEC.

6.2.1.1 Acuerdo General ASIMELEC- ENTIDADES DE GESTIÓN

6.2.1.2 Anexo al Acuerdo General ASIMELEC- ENTIDADES DE GESTIÓN.

6.3 CONSECUENCIAS DEL ACUERDO: PACIFICACIÓN JUDICIAL, AUSENCIA DE PROCESOS, CUMPLIMIENTO DE LA LEY.

6.4 EL ACUERDO CUESTIONADO: ATAQUE INTERNAUTO

6.5 DENUNCIA ANTE EL SERVICIO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

6.5.1 Análisis de la denuncia

6.5.2 Análisis de la Propuesta de Sobreseimiento del Servicio de Defensa de la Competencia.

6.5.3 Análisis de la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 31-V-2007.

6.6 DENUNCIA ANTE EL DEFENSOR DEL PUEBLO

CAPÍTULO 6. LOS ACUERDOS DE ASIMELEC Y LAS ENTIDADES DE GESTIÓN: UNA PACIFICACIÓN CUESTIONADA.

6.1 NUEVA NEGOCIACIÓN: ASPECTOS JURÍDICOS Y CONDICIONES DEL ENTORNO.

Vimos en el capítulo anterior, como ambas partes tenían razones, más que suficientes, que justificaban el inicio de la nueva negociación, incluso para aquel colectivo, que se había visto favorecido por los fallos judiciales.

Por tanto los deudores representados por ASIMELEC, y los acreedores representados por las entidades de gestión, iniciaron a finales del año 2.000 sesiones de negociación, cuya finalidad era tratar de pactar un conjunto de reglas, que permitiera la aplicación de la ley, constituida en aquel momento, básicamente por el Texto Refundido de 1996.

Nótese que hemos hablado de pactar reglas que permitieran la ejecución de la ley, no la ejecución de las sentencias. Es decir se trataba de un pacto que, con independencia de su naturaleza, controvertida en cualquier caso, y que será objeto de posterior análisis, no pretendía dar solución a la ejecución práctica de las sentencias, sino facilitar el cumplimiento presente, y sobre todo futuro de la ley, lo que sin duda evitaría la conflictividad judicial, que hasta la fecha se había producido.

No es de extrañar por tanto, que una primera condición, prácticamente sine qua non, fuera la solicitud de los acreedores, de suspensión de la ejecución de sentencias, suspensión de los procesos en curso y sobre todo, paralización del inicio de cualquier acción judicial. Esto fue así, no tanto por la naturaleza del objetivo de la negociación al que antes nos referíamos, sino por razones puramente estratégicas.

¿Podemos pensar qué fuerza negociadora podían tener los deudores, si a cada paso de la negociación, aparecía sobre la mesa la amenaza de ejecución de sentencia o acción judicial? Así pues, antes de empezar a hablar de conversión de minutos en horas, de daño reparable, de tarifas, etc... lo primero fue aclarar el conflictivo panorama judicial.

De hecho, en realidad los deudores plantearon algo más ambicioso, y que iba más allá de una mera suspensión de la ejecución procesal de las sentencias, en los términos previstos en el artículo 565 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Se trataba de obtener lo que podría ser la igualdad de condiciones en el punto de partida de la negociación. En efecto, los deudores plantearon la necesidad de que los acreedores renunciasen a la ejecución de las sentencias de manera definitiva, desistieran de las acciones iniciadas, y asumieran el compromiso de no iniciar otras, durante el periodo de la negociación.

Algo así, como si esa fase previa de conflictividad, que vimos en el capítulo anterior, no hubiera existido. De esta, y no de otra forma, se podría, a su juicio, partir la negociación de cero y en condiciones de igualdad.

Como era de esperar, los acreedores no aceptaron ese planteamiento. Lógicamente no iban a renunciar a una ventaja inicial, ganada con tanta dificultad en los Tribunales, y que en cualquier momento les daba posición de privilegio, en caso de fallo o cese de las negociaciones, algo francamente probable, a la vista de las experiencias anteriores.

Pues bien, los deudores no cedían en esa pretensión, por considerarla imprescindible para empezar las conversaciones previas. La negociación por tanto se sitúa, ya al principio, en el peor de los escenarios posibles, con el riesgo de que ni siquiera comenzara, o mejor dicho, quedara abortada antes de iniciarse.

Finalmente los acreedores, hay que reconocer que, admitieron que algo de

razón llevaban los deudores, cuando indicaban que era imposible iniciar la negociación con la presión judicial, antes aludida. Máxime cuando en uno de los momentos de las conversaciones preliminares, las Entidades de Gestión, llegaron a reconocer que tenían preparadas un número de demandas, superior a las ciento cincuenta, dirigidas contra otras tantas ciento cincuenta empresas, basadas en los mismos argumentos, planteamientos y fundamentos de Derecho, que las que en su día tuvieron, para ellos, tan positivo resultado. Como si se tratase de una “auténtica factoría de demandas”, las entidades de gestión estaban dispuestas a colapsar los Tribunales, si era preciso, en aras de llevar adelante sus planteamientos.

No cabe duda que, de haber seguido adelante, se podría haber podido hablar, si no de colapso, (algo o exagerado), si al menos de incremento sustancial de la conflictividad judicial. Cosa que tampoco favorecía sus intereses. Ello unido a que en el fondo reconocían, la ventaja negociadora que les daba las sentencias, motivó que aceptaran, suspender la ejecución de las sentencias, también aceptaron suspender los procesos en curso, sin desistir de las acciones, y por último también aceptaron no iniciar de momento, acción nueva alguna. Todo ello referido al periodo de tiempo correspondiente a la negociación.

Esto, sin duda fue un elemento tranquilizador para los deudores, que vieron como, de momento se disipaban las amenazas judiciales, y contribuyó decisivamente a crear un clima de confianza, que fue decisivo para el éxito de los trabajos.

Por tanto solventado un primer escollo, no carente de importancia, pues podía incluso haber impedido el nacimiento de la negociación, comenzó la misma, como decimos a finales del año 2.000. Las primeras tareas u objetivos que se fijó, lo que se denominó, la Comisión Negociadora, fue el establecimiento de unas reglas mínimas de trabajo, y la fijación de los objetivos y prioridades de cada una de las partes, en lo que podía ser el equivalente a un reglamento de régimen interior.

Debemos de indicar, que al tratarse de un proceso no reglado, absolutamente

espontáneo en su gestión, y carente de normativa en su ejecución, a diferencia de etapas anteriores, excesivamente reglamentista, se corría el riesgo, que cualquiera de las partes realizara algo indebido a juicio de la otra, que diera al traste con la continuidad de las negociaciones. Por tanto sin que se pueda hablar de un Reglamento ad hoc, escrito, debidamente estructurado y formal, si existieron, como mínimo, lo que podríamos llamar unas “reglas del juego”, aceptadas por las partes, de una manera tácita, en algunos casos, y previamente tasada, en otros.

No cabe duda que el talante personal del equipo negociador, por ambas partes, también contribuyó, desde un primer momento, al buen desarrollo de las sesiones, lo que no impide que hubieran momentos de tensión y de bloqueo, en los que la ruptura parecía más que cercana. En cuanto al perfil de los negociadores, ya hemos indicado anteriormente, que no se trataba de ejecutar una sentencia, sino de “encajar una ley analógica en una realidad digital”. Por tanto, y sin poder prescindir de una clara, importante, y por qué no decirlo apasionante labor exegética, desde el punto de vista jurídico, para los que tuvimos la satisfacción de desarrollarla, no es menos cierto que la participación de expertos en el mercado, en los productos, en sus capacidades y cualidades tecnológicas, también se consideró imprescindible. Esto dio lugar, a la formación de un equipo multidisciplinar por ambas partes, que sin duda fue decisivo para obtener un resultado positivo, como finalmente se logró.

6.2 ACUERDOS ASIMELEC Y ENTIDADES DE GESTIÓN: CONTENIDOS Y ANÁLISIS JURÍDICO.

A este respecto hay que hacer una primera clasificación, en función de los intereses representados, así como del diferente origen de los acuerdos.

En efecto no todos los acuerdos entre la Industria y las entidades de gestión han surgido de la existencia de conflictos. En algún caso, como a continuación

veremos, el origen hay que encontrarlo en el deseo de establecer reglas prácticas que, al no estar previstas en la ley, facilitan el cumplimiento de la misma, contribuyendo a la seguridad jurídica de ambas partes.

Recordemos que en el capítulo correspondiente a la evolución normativa, veíamos como la reforma que introdujo la ley de 7 de julio, de 1992, establecía un farragoso proceso de negociación, que pretendió ser salvado por alguna de las partes, con una negociación previa que culminara en un acuerdo, que evitara tener que pasar por toda una serie de trámites, en su mayoría, artificiosos e innecesarios.

Pues bien, en tal capítulo dejamos señalado la existencia de ese acuerdo que fue suscrito el 14 de enero de 1993 entre ASIMELEC, Asociación Multisectorial de Empresas Españolas de Electrónica y Comunicaciones, y dos Entidades de Gestión, CEDRO, Centro Español de Derechos Reprográficos, y VEGAP, entidad de gestión de artistas plásticos, Entidad que había cedido la gestión de los derechos de copia privada a CEDRO. No profundizamos, en su momento, en el citado acuerdo por entender que, sistemáticamente era más apropiado hacerlo en el presente capítulo y porque además, ese acuerdo que en un principio pretendía resolver problemas prácticos de la aplicación de la ley, posteriormente ha ido sufriendo modificaciones, que han permitido ir adaptándolo a la realidad social y tecnológica.

Es decir lo que no fue capaz la Administración, a pesar de tener los instrumentos adecuados para ello-Disposición Adicional Segunda, del Texto Refundido de 1996-, fueron capaces las partes. Propiciando por tanto un instrumento jurídico que, en su origen fue una herramienta de facilitación de aplicación de la ley, para de venir posteriormente en un instrumento de resolución de conflictos.

Por tanto cuando se habla de acuerdos entre la Industria y las Entidades de Gestión hay que distinguir entre los acuerdos que van referidos sólo al bloque conocido comúnmente, como bloque de reprografía, aunque más técnicamente deberíamos hablar de bloque de titulares de obras publicadas en forma de libro y

asimiladas, del bloque que podríamos llamar de fonogramas y videogramas.

La diferencia como vemos y ampliaremos a continuación, entre los dos bloques y por tanto entre las dos clases de acuerdos, derivan por tanto, no sólo de su diferente contenido, sino también de su origen: en un caso razones de practicidad, en otro resolución de conflictos judiciales. Veamos por tanto por qué se paró estos dos tipos de acuerdos:

6.2.1 Acuerdos del bloque de Reprografía entre CEDRO, VEGAP Y ASIMELEC.

El acuerdo inicial entre CEDRO y ASIMELEC fue firmado el 14 de enero de 1993, como vemos, con mucha anterioridad a la polémica entre el canon analógico y el canon digital.

Una primera precisión, en lo que se refiere a las partes firmantes y a la diferente posición entre las mismas, es que ASIMELEC no era deudor en los términos establecidos en la ley, desde su versión inicial y sus sucesivas reformas. En cambio CEDRO sí tiene la consideración de acreedor a la vista de la definición legal de tal condición.

Por tanto cabe preguntarnos, cómo se solventó la dificultad que suponía, la diferente posición entre las partes en el Convenio o Protocolo, así como la instrumentación de los diferentes intereses representados.

Lo cierto es que ASIMELEC ni era, ni en la actualidad AMETIC (nueva patronal surgida de la fusión entre ASIMELEC Y AETIC) es deudor. En efecto era y es una Asociación de Empresas del Sector Electrónico y de las TIC, configurada como una entidad sin ánimo de lucro, que tenía como objeto, de manera resumida, la defensa de

los intereses de sus asociados. No realiza operación de comercialización alguna de compra, importación, o distribución, de ningún tipo de producto, por lo que no puede tener la condición de deudor.

No es menos cierto que, la Asociación en cumplimiento de sus objetivos sociales, actuaba y actúa como coordinador-representante de los deudores que le habían otorgado mandato expreso al respecto. ¿Cómo se otorgaba este mandato? Normalmente el mandato es un mandato tácito, derivado de la propia pertenencia a la Asociación, que actúa legitimada por sus propios estatutos, que como veíamos antes, establece como objetivo fundamental, entre otros, la defensa de los intereses de las empresas asociadas. Y dado que la afiliación era voluntaria, la empresa deudora (mandante) podía en cualquier momento matizar su mandato a través de los órganos de gobierno de la Asociación, o incluso revocar el mismo, causando baja de la misma forma voluntaria, que había causado alta.

No obstante en el año 1993, en la negociación reglada, derivada de la ley 20/1992 y del Real Decreto 1434 /1992, el Presidente y Secretario de la Mesa de Negociación exigieron que para que ASIMELEC pudiera actuar en representación de sus asociados, presentes en la negociación, debía de tener instrumentada la misma, a través de poder notarial especial para esta materia. Y así se hizo, complicando de manera extraordinaria, la ya de por sí farragosa gestión de la negociación. Y una vez más se pudo constatar lo absurdo de una regulación, más preocupada por dar contenido al trabajo de unos cargos artificiales, que al logro de un acuerdo, que permitiera la aplicación pacífica de una materia, tan controvertida, como la que estudiamos.

Sin embargo recordemos que los titulares de derecho de autor, necesariamente deben ejercitar su derecho, a la remuneración compensatoria a través de las entidades de gestión, expresamente reconocidas por el Ministerio de Cultura. Es por ello por lo que CEDRO era y es acreedor directo, en términos legales, sin necesidad de mandato alguno de sus titulares, lo que le permitía firmar el acuerdo de forma directa.

Por tanto ASIMELEC sólo podía actuar como coordinador en el acuerdo y no como parte contractual. ¿Cómo se resolvió la situación? La solución fue diversa en función del tipo de acuerdo o protocolo. En efecto en el caso del protocolo que nos ocupa-reprografía-, dado que se trataba de un número reducido de empresas deudoras representadas-veintiuna-, todas ellas firmaron el protocolo junto con ASIMELEC.

En cuanto al sector de fonogramas y videogramas, dado que el número de empresas deudoras representadas, o que podrían adherirse al acuerdo, era muy elevado, se optó por instrumentar el acuerdo en dos cuerpos jurídicos, como veremos en el aparatado siguiente.

Volviendo al Protocolo inicial entre ASIMELEC y CEDRO, todo lo que estamos exponiendo en relación a la diferente posición entre las partes y el diferente papel desempeñado, viene claramente reflejado en los expositivos cuarto y quinto, que literalmente dicen lo siguiente:

“IV.-Que en el sentido expresado en el expositivo anterior, CEDRO interviene como única Entidad Gestora, con capacidad para representar a los acreedores definidos por la ley 20/1992, en relación con la remuneración compensatoria por la copia privada de libros y publicaciones asimiladas.”

Y el expositivo quinto establece: *“V.-Que ASIMELEC interviene como Entidad coordinadora de los intereses del sector de fabricantes y distribuidores de equipos aparatos para la reproducción, en relación con la remuneración compensatoria por la copia privada de libros y publicaciones asimiladas, en nombre de las empresas relacionadas en el Anexo I, quienes asumen las disposiciones y efectos del presente Protocolo, y manifiestan que actúan en el cumplimiento exigido por la citada ley.”*

No es necesario, como decimos, un análisis exhaustivo de este Protocolo, pues

se refiere a un periodo ajeno al que nos ocupa, y su valor principal deriva del hecho de haber sido un precedente, eminentemente práctico, que facilitó la resolución de problemas desde el primer día de su aplicación, y que sus constantes adaptaciones, también han sido fuente de resolución de conflictos.

No obstante creemos oportuno destacar alguno de sus puntos más significativos e importantes, precisamente por el papel pacificador de conflictos desempeñado por este instrumento jurídico. Así pues, lo primero que interesa destacar, es el objeto que era amplio, pues cubría todo el ámbito de la ley 20/1992. No sólo para el periodo que iba desde la publicación de la ley hasta el 31 de diciembre, sino también para el conocido como periodo retroactivo, al que se refería la Disposición Transitoria Única. Todo ello referido exclusivamente al bloque de libros y publicaciones asimiladas.

Básicamente la conclusión que podemos sacar es constatar, el claro talante negociador y transaccional que tuvieron ambas partes, para llegar a un pacto en una materia de indudable trascendencia económica. El protocolo especificaba las cantidades, obviamente en pesetas, que tenía que pagar cada deudor, por cada uno de los periodos contemplados. Sin duda esto evitaba todo un conjunto de conflictos, derivados del cálculo exhaustivo de cada una de las deudas. Sin olvidar la seguridad jurídica obtenida por los deudores, dado el efecto liberatorio del pago recogido en el propio Protocolo (Estipulación Cuarta).

Establecía el Protocolo otros aspectos importantes que, a diferencia del bloque de fonogramas y videogramas, evitó muchas discusiones y conflictos, y fue el relativo a la información a suministrar, y al ejercicio del derecho de verificación, del apartado 21 y 22 del artículo 25 de la ley. El establecimiento de criterios concretos al respecto, sin duda fue un avance de gran importancia. Se establecían otras cláusulas habituales en este tipo de acuerdos, como la cláusula de parte más favorecida, creación de un Comité de Seguimiento, que fue fundamental en el análisis de las reformas, y la solución de problemas futuros. El resto de las cláusulas hacía referencia a la situación

de los terceros y resolución del acuerdo.

Sin embargo, quisiera llamar la atención sobre una cláusula, que generó en su día cierta polémica, y que siempre que se ha aplicado, o se ha tratado de prorrogar la vigencia del Protocolo, ha reavivado esa polémica. Me estoy refiriendo a la Estipulación Quinta, que tanta transcendencia tuvo sobre todo para los deudores, al reconocerles la posibilidad de establecer descuentos sobre los importes a pagar. En concreto la Estipulación Quinta establecía: *“Dado el buen entendimiento y el espíritu de colaboración entre las partes, se acuerda que en los futuros Convenios CEDRO efectuará a las empresas firmantes del Protocolo los siguientes descuentos sobre los importes a pagar*

Año 1993 40%

Año 1994 30%

Año 1995 25%

El citado descuento se aplicará a la cantidad definitiva que resulte a pagar según la aplicación de las tarifas marcadas por la ley al número de equipos y/o número de aparatos que hayan originado el nacimiento de la obligación en el año correspondiente”.

Hay que indicar, que los importes que se habían fijado como deuda correspondiente al año 1992, y período retroactivo, ya llevaban incorporados un importante descuento que se aproximaría al 50%. Los descuentos posteriores pactados, no son más que el reflejo de ese buen talante negociador, al que aludí anteriormente, y que tuvo sus evidentes consecuencias positivas, pues la paz judicial, en este bloque de libros y publicaciones asimiladas ha sido prácticamente total, a lo largo del tiempo de aplicación de la ley.

A diferencia del bloque de fonogramas y videogramas, los negociadores de

CEDRO apostaron por una instrumentación rápida del método de cobro, y una gran pacificación en la ejecución práctica de los pagos, a cambio de renunciar a un determinado porcentaje de la recaudación, posible, pero nunca segura.

Pero con independencia del acierto mayor o menor, de una u otra estrategia, la cuestión relevante desde un punto de vista jurídico, es si estos descuentos, legal, eran posibles. No olvidemos que las tarifas se fijan por ley, y en el momento actual por Orden Ministerial. En el periodo que comentamos, era el artículo 25 de la ley 20/1992, el que establecía las tarifas a aplicar por cada uno de los bloques. La cuestión que se planteaba entonces era, si era posible modificar las mismas en base a un pacto.

Lo cierto es que sí se podían establecer descuentos, lo que no implicaba necesariamente establecer modificación de la tarifa fijada por ley, pues tan sólo por ley, o por Orden Ministerial, en base a la delegación legislativa de la Disposición Adicional Tercera de la ley, se podrían haber modificado las tarifas.

Nótese que con gran acierto la Estipulación Quinta del Protocolo establece, no que se practicará un descuento en las tarifas, sino que se aplicará a “*a cantidad definitiva que resulte a pagar según la aplicación de las tarifas marcadas por la ley...*”.

Es decir no hay descuento de tarifas, sí de cantidades a pagar, lo que es perfectamente compatible con una obligación civil, como la que contemplamos. Recordemos que cuando hablábamos de la naturaleza jurídica, de la institución de la remuneración compensatoria, llegamos a la conclusión de encontrarnos ante una obligación civil, “ex lege”, pero civil con todas sus consecuencias. Y es bastante frecuente que el acreedor premie el buen comportamiento del deudor, con determinados beneficios como descuentos, fraccionamiento en el pago, u otras figuras similares. Por tanto es perfectamente legal y legítimo que el buen comportamiento del deudor, tuviera como justa compensación, los descuentos indicados. De hecho, tales descuentos sólo se mantenían cuando el deudor cumplía con una serie de requisitos fijados en el propio Protocolo, y que iban referidos a los plazos de pago.

La firma del siguiente Protocolo entre CEDRO y ASI MELEC tuvo lugar en el mes de enero de 1996, y tenía por objeto, adaptar este instrumento jurídico a la nueva regulación contenida en la Ley 43/ 1994, de 30 de noviembre, que recordemos que sustituía el sistema de negociación obligatoria, por un sistema de declaración trimestral que, prácticamente es el que se aplica en nuestros días.

Las principales novedades que aportó este protocolo, fue la actualización de los descuentos pactados en su día, y los plazos de pago. Sin embargo la novedad principal la constituyó, la ampliación del ámbito objetivo de los equipos afectados.

En efecto desde un principio se venía aceptando que por “equipo de reproducción no tipo gráfica” se entendía exclusivamente las fotocopadoras. Claramente se habían excluido los fax, por entender que su función principal, y prácticamente exclusiva, era la transmisión de documentos, y aunque algunos tenían función copia, esta era prácticamente anecdótica e irrelevante a los efectos de volumen de copia. CEDRO siempre trató de incluirlos en el ámbito objetivo de la aplicación de la norma, pero afortunadamente para los deudores, esta Entidad tuvo la sensatez de reconocer una realidad tecnológica, clara y evidentemente, aunque fuera en contra de sus intereses.

Asimismo la impresora fue también objeto de discusión desde un principio. No olvidemos, que el origen en parte de la institución que comentamos-copia privada-, hay que encontrarlo en Alemania en relación con las impresoras. No obstante también en esta materia prevaleció, lo que podríamos llamar la sensatez tecnológica. En efecto, la impresora no puede copiar, pues al estar conectada como periférico a un ordenador, obliga a digitalizar la página del libro en un formato electrónico, para dar la orden a la impresora para que lo imprima. Dicho de otra forma, un libro y una impresora, no pueden generar, per se, una copia. Es necesario un escaneado del original para generar una copia digitalizada, que posteriormente pueda ser pasada a papel, a través de una impresora. Esta es la razón, por la que CEDRO nunca ha

logrado incluir a la impresora en el ámbito de la copia privada, a pesar de sus claras pretensiones, para que así lo fuera.

Por tanto desde un principio, el tema del ámbito objetivo de los equipos afectados, fue, podríamos decir, relativamente pacífico, pues con las debidas discrepancias, la aplicación de la ley se hacía exclusivamente para los equipos fotocopiables. No obstante apareció una novedad tecnológica, que alteró este panorama, y que en el futuro sería una constante de conflictos, que obligó a sucesivas adaptaciones del Protocolo.

Nos estamos refiriendo a los equipos multifuncionales, que son aquellos que en una misma unidad integran varias funciones o utilidades. Esta definición que hemos improvisado, pues no existe manual alguno que recoja una definición unánimemente aceptada, veremos cómo ha causado no pocos problemas, con procesos judiciales que han llegado a la más alta instancia judicial de nuestro país.

De momento baste decir, que una realidad del mercado fue que, en aquellos años, mediados de los noventa, proliferó la comercialización de este tipo de equipos, que en una misma unidad integran la función fax, fotocopiado, impresión, o escaneado. Existían equipos de diversas gamas, con dos, tres o más funciones, con distintas capacidades de almacenamiento de memoria, velocidad de copiado, etc,...

Por tanto el problema era cómo encajar estos equipos, que nadie negaba que en algunos casos pudieran copiar, pero que a veces tenían esta función como secundaria, en el marco de la ley. ¿Debían pagar igual que una copiadora?

Como podemos imaginar, la cuestión dio lugar a un amplio debate que duró prácticamente dos años, para al final llegar a una solución casi salomónica, pero eminentemente práctica. Ya hemos visto cómo las tarifas eran difíciles que fueran alteradas, es decir, no cabía decir que dado que el equipo sólo “parcialmente” copiaba, sólo debía pagar una parte de la tarifa. Esto por justo que fuera, era difícil

justificación jurídica. Por tanto la solución se orientó, por incluir en el ámbito de la ley sólo aquellos equipos de los que se tenía certeza, por sus características técnicas, que podían copiar libros y obras asimiladas. Y así vemos como en la estipulación segunda, del Protocolo de 1996 relativo al Ámbito Aplicación, en su apartado 2, objeto, establece: *“2º OBJETO: En aplicación del punto 1º del artículo 25 de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, en la versión dada al mismo por la Disposición Adicional Segunda. Remuneración Compensatoria de la Ley 34/1994 de 30 de diciembre, el término “aparatos o instrumentos técnicos no tipográficos” incluye las máquinas copiadoras cualquiera que sea su modelo, tipo o características, así como las máquinas multifuncionales con función copiadora, que tengan pantalla de exposición, todo ello a los efectos de las correspondientes declaraciones de las mismas y pago de las remuneraciones, en la forma que más adelante se establece”.*

Como podemos ver, el criterio tecnológico y práctico determinante, fue el hecho de que el equipo multifuncional, tuviera pantalla de exposición, lo que equivalía a la posibilidad fáctica de colocar el libro en dicha pantalla, y copiarlo. De nuevo hay que destacar la sensatez de los negociadores de ambos lados. Por parte de CEDRO, renunciando a una lucha estéril, para tratar de incluir a todo tipo de equipo multifunción, aunque fácticamente fuera difícil probar que copiaba. Y por parte de ASIMELEC de no meterse en esa misma lucha estéril, de negar una evidencia tecnológica tan clara y palmaria, como que determinados equipos multifuncionales podían copiar. CEDRO comenzó a cobrar sus derechos por estos equipos en el año 1996 y los deudores de ASIMELEC pagaron, tan sólo por aquello que consideraron justo.

Un claro ejemplo de nuevo, de sensatez, al que no correspondió la Administración que, recordemos, tenía la facultad de legislar y solventar el problema o discrepancia que, posteriormente, solucionar con las partes. Pero es que incluso, a posteriori, la Administración siguió conservando esa facultad de adaptar la ley a realidad tecnológica y de mercado, por orden ministerial. Poco esfuerzo hubiera sido, dado que el problema de fondo ya se lo habían resuelto otros, ratificar por norma-

orden ministerial-, lo que las partes habían sancionado por pacto.

No cabe duda que en nuestro ordenamiento, inspirado por el principio de autonomía de la voluntad de las partes, del artículo 1.255 de nuestro Código Civil, no era necesaria tan sanción legal, el Pacto-Protocolo CEDRO/ASIMELEC-tiene “per se” fuerza vinculante. Pero consideramos que la seguridad jurídica se hubiera visto reforzada, con un mínimo esfuerzo del legislador. No nos resistimos una vez más, a dejar constancia de la torpeza legislativa, que ha inspirado esta materia, y de la que estamos indicando constantes muestras en este trabajo.

El siguiente Protocolo fue firmado en el año 2001. La razón de la firma de este nuevo Protocolo fue dar continuidad a los anteriores, así como introducir algunas mejoras técnicas, derivadas de una parte de la experiencia, y de otra de la nueva normativa en la materia, constituida por el Texto Refundido aprobado por el Real Decreto 1/1996, de 12 de abril.

Como vemos la firma de Protocolos entre CEDRO y ASIMELEC ha sido una constante, y a la finalización de la vigencia de cada uno de ellos, rápidamente se ha suscrito el siguiente. Esa positiva experiencia, es incluso reconocida en uno de los expositivos del último Protocolo que comentamos, cuando dice en el Expositivo Segundo lo siguiente: “ *II.-Que los referidos se han manifestado como un instrumento jurídico válido y eficaz para fijar el marco de relaciones entre dichas partes-deudores y acreedores- respecto al derecho de remuneración por copia privada.*”

Se sigue manteniendo, como no podía ser de otra forma, el carácter de CEDRO como acreedor directo de la relación jurídica y ASIMELEC como coordinador de las empresas deudoras. Sin embargo se produce una primera novedad, no contemplada en los Protocolos anteriores. En efecto CEDRO en los acuerdos anteriores había actuado en nombre propio y también en representación de VEGAP, Entidad que representa a los creadores plásticos, que tienen derecho a la remuneración compensatoria, por las copias que se hacen de sus obras reflejadas en

libros. Pues bien esa relación entre CEDRO y VEGAP, conocida de los deudores, como no podía ser de otra forma, por la necesidad de tener constancia del efecto liberatorio del pago, hecho a CEDRO, nunca había sido reconocida de forma expresa, como se hace en este caso, en el Expositivo Tercero cuando se dice: *“III.- Que por el contenido de lo reflejado en los Expositivos I y II, las partes quieren suscribir un nuevo Protocolo, manifestando CEDRO que en el momento presente, es junto con VEGAP, la Entidad Gestora con capacidad para representar a los acreedores definidos en la nueva redacción del art. 25 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, Real Decreto Legislativo 1/1996 de 12 de abril de 1996 en relación con el derecho....”*

No cabe duda que esta referencia fue una solicitud expresa de los deudores, que de esta forma, querían dotar de mayor seguridad jurídica al efecto liberatorio de sus pagos. Por ello no es de extrañar, que en la Estipulación Quinta del Protocolo que comentamos se diga: *“Ambas partes conviene establecer como período de pago de cada declaración-liquidación los 3 meses siguientes a la finalización del periodo para realizar dicha declaración-liquidación.*

Las empresas miembros de ASIMELEC que suscriban el Protocolo abonarán a CEDRO el importe total de la remuneración por copia privada de libros y publicaciones asimiladas calculada de conformidad a lo dispuesto en el Acuerdo Tercero. CEDRO se encargará de poner a disposición de VEGAP la cantidad que le corresponda a esta entidad por su porcentaje de participación en el mencionado derecho de copia privada, en virtud del mandato otorgado por VEGAP a CEDRO, con fecha 5 de abril de 2001.

En relación con los pagos, CEDRO, en las correspondientes facturas, incluirá la siguiente mención: “El pago de esta factura, libera al destinatario de la misma, de la obligación relativa a la remuneración por copia privada respecto de las máquinas, equipos y/o aparatos declarados a CEDRO en la correspondiente declaración-liquidación.”

Como vemos, conocidas por los deudores, la existencia de ciertas

discrepancias entre CEDRO y VEGAP, quisieron dotar al pago hecho a CEDRO de las máximas garantías de seguridad jurídica, en cuanto a su efecto liberatorio. Pocas otras novedades contiene este instrumento jurídico, que fijó su vigencia hasta el 31 de diciembre del 2005. Simplemente destacar, como en el ánimo de evitar conflictos, llega a definirse el contenido y formato, de las de claraciones-liquidaciones de los deudores, con un nivel de detalle, que sin duda fue uno de los elementos que contribuyó a la aplicación pacífica de la ley.

Como vemos, estos instrumentos jurídicos, que bajo la fórmula de Protocolos fueron firmados entre CEDRO y ASIMELEC, son eminentemente sencillos en su fondo, e incluso en su forma jurídica. Quizás esta es una de las pocas críticas que pueden hacerse a los mismos. Con el objetivo de la practicidad en la aplicación de la ley, huyeron de fórmulas jurídicas académicas, más o menos brillantes, para centrarse en aquello que consideraron más relevante, y era el entendimiento en la aplicación de una norma ciertamente compleja, y de intereses encontrados. También influyó para ello, sin duda, la confianza entre las partes negociadoras, que se fue acrecentando con el tiempo ante la ausencia de conflictos. Esto y no otra cosa, es lo que justifica el hecho que no aparezca en estos instrumentos jurídicos, y en los futuros que a continuación veremos, cláusulas de estilo, tradicionales y habituales, en documentos de esta naturaleza.

Sinceramente, los negociadores creímos que era mejor renunciar a la brillantez y lucimiento intelectual, en aras de la eficacia jurídica, traducida en la aplicación pacífica de la ley y la seguridad jurídica. Creímos que era la mejor forma de cumplir con el mandato encomendado, defendiendo de esta forma los intereses de nuestros mandantes, y por qué no decirlo, prestando el mejor servicio al Derecho, concebido como lo que debe ser, un instrumento solución de problemas y facilitador de convivencia. Si para conseguir ese objetivo hay que renunciar a cierta retórica, bienvenida sea. Si bien se renuncia a la retórica, concebida como brillantez en la expresión, y no el concepto platónico de la misma, entendida como “retórica, esclava

de la persuasión”⁶⁶.

Y en efecto las dos partes tuvieron la eficacia de “persuadir” a la otra, de que el cambio tecnológico había que aceptarlo, y que nuevos equipos debían pagar la remuneración compensatoria. Y la otra parte convencer que no todos los equipos, sino aquellos que, efectivamente tenían capacidad de copia. Sentido común y buena voluntad, elementos fundamentales en esta negociación, y menos conflictividad por tanto, que en la negociación del bloque de fonogramas y videogramas.

No obstante antes de pasar a esa área de la negociación, debemos referirnos a los últimos instrumentos suscritos entre las partes en este bloque de libros, como es el Anexo III al Protocolo comentado de 1 de enero del 2004, que fue firmado el mismo año 2004. Nótese que se suscribe en el mismo año que el Protocolo que le sirve de base.

Si hasta este momento, habíamos destacado y por qué no reconocerlo, alabado, las ventajas de pacificación, en la aplicación de la norma y pragmatismo en su ejecución, no es menos cierto, que tenemos que añadir un nuevo elemento de reconocimiento a la bondad de estos Protocolos, como es el de su flexibilidad.

No importa nada haber suscrito un Protocolo en una fecha y cambiarlo a los pocos meses, si la realidad tecnológica así lo exige, o como ocurría en este caso, si la modificación reconoce una realidad, que evita o palia el enfrentamiento entre dos competidores, ambos acreedores, de la remuneración compensatoria.

Este Anexo III, lo cierto es que es un anexo breve, pero de una gran enjundia, pues no sólo introduce en el ámbito objetivo de aplicación de la remuneración, nuevos equipos sino que además, les aplica nuevas tarifas no previstas en la ley, lo que sin

⁶⁶ SOCRATES Y PLATON (2007): “Vida, Pensamiento y Obra”. Madrid. Planeta DeAgostini. Pag. 199.

duda, podía haber provocado algún problema de impugnación del mismo, por algún tercero que se viera afectado, por este acuerdo.

Merece la pena por tanto, dedicar alguna reflexión a algunos aspectos, de este Anexo III del Protocolo de 1 de enero de 2004. Las razones que obligan a una reforma del Protocolo recientemente firmado, se basan en dos puntos recogidos en dos expositivos del acuerdo. Por un lado una vez más, aparece “ *los continuos avances tecnológicos característicos de la denominada sociedad de la información...*” que “*han venido produciendo importantes discrepancias entre las Partes, en especial con motivo (i) de la sujeción al actual sistema de remuneración por copia privada de los equipos, aparatos y materiales reproductores que han ido apareciendo en el mercado en los últimos años y en cuyo uso se ha generalizado, (ii) la inadecuación de las tarifas previstas para satisfacer la remuneración compensatoria por copia privada que se debería aplicar a los mismos*”.

Por otro lado el expositivo segundo, alude a la necesidad de resolver de forma amistosa la diferencia entre las partes, y así dice: “ *Que con base al art 3.1 del Código Civil por el que se establece como criterio interpretativo para la aplicación de las normas jurídicas, su adaptación “ a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas*” y con el objeto de resolver de forma amistosa las diferencias surgidas, las Partes llevan a efecto las siguientes modificaciones del Protocolo....”.

A continuación, viene la parte dispositiva, de la que destacamos las dos materias antes apuntadas: ámbito objetivo y modificación de tarifas. Así respecto al primer aspecto, la estipulación primera establece: “ *Se sustituye el tenor del ámbito objetivo de aplicación del Protocolo fijado en el acuerdo.... Que queda redactado de la siguiente forma:*

En virtud del espíritu de colaboración y dentro del marco de aplicación pacífica que constituye el objeto del presente Protocolo, las Partes, basándose en los

apartados 1 y 2 del artículo 25 del Real Decreto legislativo 1/1996, de 12 de abril, entienden que quedan sujetos a la remuneración compensatoria por copia privada de obras divulgadas en forma de libros y publicaciones asimiladas las máquinas copiadoras, los equipos multifuncionales y los escáneres, cualquiera que sea su modelo, tipo, características y tecnología, sin más limitaciones tecnológicas que las previstas en la ley.

A estos efectos se entiende por multifuncional aquel equipo de sobremesa con pantalla de exposición que reúna toda y cada una de las siguientes características:

- Capacidad para realizar al menos dos de las siguientes funciones: Copiadora, Impresora, Fax, Scanner.*
- Debe permitir la función de imprimir sin la necesidad de adquirir o incorporar ningún dispositivo opcional, ya sea tarjeta de conectividad u otro mecanismo.*
- Velocidad de reproducción no superior a 29 copias por minuto (c.p.m.) y*
- Peso inferior a diecisiete kilos.*

Se entiende por escáner aquel equipo monofunción que permite la digitalización de un documento”.

Por otro lado en relación con las tarifas la estimulación tercera estableció lo siguiente:

“Se introducen dos nuevos acuerdos al Protocolo:

1º) SEGUNDO BIS: IMPORTE DE LA REMUNERACIÓN POR COPIA PRIVADA RELATIVA A LOS EQUIPOS VENDIDOS DEFINIDOS:

Atendiendo.....se establecen los siguientes importes para los equipos definidos en la estipulación primera del presente anexo

SCANNER 10.00 Euros*

MULTIFUNCIONAL 16, 67 Euros

- *Este importe será de aplicación a cualquier escáner, con independencia de la velocidad de reproducción, hasta que se establezcan los tramos y tarifas conforme a lo previsto en la estipulación cuarta del presente Anexo.*

La máquina fotocopidora del primer tramo de velocidad, es decir, hasta 9 cpm, se equipara a efectos de pago de canon, al multifuncional, es decir un canon de 16,67 Euros”.

A la flexibilidad como característica de este Anexo III, que apuntábamos en un principio, se podría añadir la de la prisa, que no improvisación. En efecto nótese, que el texto en el que se fijan nuevos equipos y tarifas, parece reflejar una negociación inacabada. En efecto se fija una tarifa para un nuevo equipo -escáner estableciendo una tarifa única, para toda la categoría de equipos, pero admitiendo que tal categoría debe ser segmentada en tramos de velocidad, a fijar en un momento posterior por las partes.

Las razones para “estas prisas” fueron varias. En efecto si leemos detenidamente el Anexo comentado, vemos también que todo él está impregnado de un claro carácter de transitoriedad. La inminente reforma legislativa que se preveía, como consecuencia de la incorporación en nuestro ordenamiento jurídico, de la Directiva 2001/29/CE, cuyo plazo de transposición estaba ampliamente superado, hacía prever que lo acordado entre las partes tendría una eficacia temporal limitada. Ello era tan evidentemente, que las Partes se dan un podíamos llamar “mandato de buena fe recíproco”, para que lo estipulado entre ellas pase a ser Derecho positivo, en

la esperada reforma de la ley. Ello es lo que justifica que la estipulación tercera contenga además de las cifras, un apartado 2º bajo el epígrafe “DECIMOCUARTO: REFORMAS LEGISLATIVAS”, que básicamente viene a recoger lo indicado anteriormente, de acuerdo de las partes en materia de “*lege ferenda*” de tarifas.

Como hemos dicho anteriormente, y así se reitera varias veces, a pesar de lo breve de este Anexo III, las razones de su redacción y acuerdo, son básicamente la buena experiencia en la aplicación de los Protocolos por las partes, y la evolución tecnológica. Lo cierto es que subyacía una tercera razón, mucho más práctica, que justifica un cambio tan rápido de lo inicialmente pactado, y que nos limitaremos a citar, aunque fue objeto de un amplio y largo procedimiento judicial, que obligó incluso a pronunciarse al respecto al Tribunal Supremo.

La cuestión, en concreto fue, que una empresa del colectivo de deudores comercializaba un equipo multifunción, pero con una diferencia tecnológica. En lugar de estar integrado en una sola unidad, era la integración de varios módulos conectados entre sí. La empresa comercializadora de tales equipos entendía que, al no ser propiamente un equipo multifunción, sino elementos individuales e independientes conectados, no estaba obligada a declarar a CEDRO las ventas de tales equipos, y por tanto tampoco tenía obligación alguna de pago al respecto. Sin embargo otra empresa deudora que comercializaba un equipo, este sí integrado en una sola unidad, y que competía con el anterior en el mismo nicho de mercado, se sentía perjudicada, por tener que comercializar su producto con un incremento de precio (la tarifa de la remuneración), que dado lo reducido del precio de mercado de tales equipos, prácticamente los echaba del mercado.

La cuestión no hubiera tenido más transcendencia, si se hubiera limitado a una acción entre empresas, en el ámbito de la competencia desleal o libre competencia; no obstante la empresa perjudicada consideró que uno de los factores para verse en esa situación, era que CEDRO, había dejado de sus derechos, al permitir la comercialización de un equipo, que a su juicio, debía pagar la remuneración

compensatoria, y por tanto también requirió a CEDRO, para que reclamase a su competidor la adecuada cantidad de remuneración compensatoria no satisfecha.

Como decimos, no pretendemos profundizar en este contencioso, pues es un tema de alcance prioritariamente tecnológico; sin embargo lejos de ser una cuestión bilateral, el requerimiento a CEDRO, motivó que se constituyera en un tema sectorial. Como suele pasar en muchas facetas de la vida, al final el “presunto enemigo”, acaba beneficiándose de los enfrentamientos entre los “supuestos aliados”.

En efecto entre los equipos afectados por la polémica, estaban los escáneres, que por las mismas razones que vimos, al hablar de la impresoras (imposibilidad de hacer copia de manera directa), no estaban sujetos a pago alguno. Sin embargo ante el riesgo que un Juez fijara esa obligación y además fijara una tarifa absolutamente desproporcionada, se optó por pactar en primer lugar un concepto más claro, o mejor dicho más preciso y limitado, al entender superado como criterio único, el disponer de pantalla de exposición. A cambio de eso, hubo que aceptar la inclusión de los escáneres, por un importe que se consideró razonable, aunque, insisto, técnicamente un libro y un escáner nunca pudieran producir una copia de libro en soporte papel.

¿Qué problemas jurídicos planteaba este Anexo III? El Anexo que comentamos, en principio participaba de la misma naturaleza jurídica, del instrumento que completaba y modificaba, un acuerdo que podíamos calificar de transaccional, en los términos del art. 1809 del Código Civil, cuando dice: *“La Transacción es un contrato por el cual las partes, dando prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan un pleito o ponen término al que había comenzado”*. Del análisis de los expositivos de los diversos Protocolos, y del Anexo que comentamos, es claro y reiteradamente se insiste, en que estos instrumentos jurídicos se establecen con “el objeto de resolver de forma amistosa las diferencias surgidas...” y constantemente se alude a la aplicación pacífica de la ley. Por tanto el carácter transaccional es indudable, por la forma en la que está configurado el acuerdo, y podríamos añadir que por sus resultados, pues la conflictividad judicial entre las partes, fue prácticamente

nula durante el período de vigencia de los mismos.

Pues bien a nuestro juicio, el problema principal deriva del establecimiento de nuevas tarifas que hemos especificado anteriormente. Vimos en Protocolos anteriores, cómo la modificación de tarifas vía descuentos, quedaba salvada por el hecho que la ley no se modificaba, apareciendo como apoyo jurídico a tales descuentos, el principio de autonomía de la voluntad del artículo 1.255 del Código Civil.

Lo que ocurre es, que en el caso que nos ocupa, se produce la incorporación de nuevas categorías de equipos (escáneres), a los que se aplica tarifas no previstas en la ley. Incluso para otros equipos (multifuncionales), a los que se da una nueva definición, también se les aplica una tarifa diferente. Pero a mayor abundamiento, para una determinada categoría de equipos previstos en la ley desde el texto de 1992, se modifica la tarifa que establece de manera clara la ley, para equiparlos a los multifuncionales. En efecto, ya hemos visto, como en el Anexo en su estipulación tercera, entre otros extremos se dice: “ *La máquina fotocopidora del primer tramo de velocidad, es decir, hasta 9 c.p.m, se equipara a efectos de pago del canon, al multifuncional, es decir, un canon de 16,67 Euros*”. El equipo en cuestión tenía asignada desde la aprobación de la ley en su versión de 1992, hasta la fecha, la cantidad de 7.500 pesetas, cifra muy alejada, una vez hecha la conversión, de los 16,67 Euros que el Protocolo establecía.

¿Cabe pensar que algún titular de derecho podría demandar a CEDRO, por hacer dejación de su derecho de cobro por la diferencia entre las dos cifras apuntadas? ¿Se vulnera el principio de legalidad? ¿Realmente las partes no estaban estableciendo claras modificaciones a la ley?

Honestamente debo reconocer, que en parte considero que algunas de estas preguntas, desde un estricto punto de vista jurídico, tienen una respuesta afirmativa. Sería difícil que un titular de derecho demandase a CEDRO; por dejación de sus derechos, cuando de la aplicación de ese Anexo y como consecuencia de la

incorporación de una amplia categoría de equipos multifuncionales, en un momento de gran expansión comercial de los mismos, CEDRO prácticamente duplicó su facturación.

Más dificultad tiene justificar que los cambios en las tarifas, no vulneran el principio de legalidad. Es cierto que de nuevo se podría acudir a la teoría de los descuentos, si bien en el texto del acuerdo, no se da un solo dato para establecer el cálculo de los mismos, y directamente sólo se indican las tarifas. Pero cuando las dificultades aumentan, es cuando se produce la equiparación de equipos antes aludida, cuando nos referimos a las copadoras de 9 c.p.m.. Aquí, donde antes el artículo 25 de la ley, decía una cifra, 7.500 pesetas, directamente se aplica otra, 16,67 Euros, que no tiene correspondencia alguna, una vez efectuada la oportuna conversión.

Conscientes las partes, de la dificultad de justificar tal proceder, por muy legítimo que fuera ante la pasividad y la inacción de la Administración, trataron de encontrar la fórmula una vez más, en lo práctico y correcto del fin de tal proceder, *“resolver de forma amistosa las diferencias surgidas...”*, así como en la utilización como criterio interpretativo entre otros el de *“adaptación de las normas a la realidad jurídica en que han de ser aplicadas,”* recogido en el artículo 3.1 de nuestro Código Civil. Ambos criterios se reflejan en el Expositivo 2º del Anexo, antes referenciado. Sin cuestionar la solidez de los argumentos, sinceramente, y a pesar de haber contribuido personalmente, en alguna medida, al redactado del texto comentado, debo confesar mi desconfianza sobre el hecho, de que cualquier acción judicial en contra de este acuerdo hubiera podido prosperar. O dicho en otros términos, mi convencimiento más absoluto sobre la vulnerabilidad jurídica del acuerdo. Nuestro Código Civil da primacía a la voluntad de las partes-artículo 1255-, pero no es menos cierto que entre los límites que cita, se encuentra precisamente la ley, y así se permite cualquier pacto siempre que, *“no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público”*.

Por tanto no ya la inclusión de nuevos equipos, pues la ley no especifica nada

al respecto, sino la creación de nuevas tarifas e incluso la modificación expresa de una reconocida en la ley, vulnera a mi juicio el principio de legalidad.

Las prisas, la dificultad del momento, el proceso judicial en marcha, que amenazaba con afectar a todo el sector, la dificultad de encajar una realidad tecnológica, en un cuerpo jurídico ciertamente nada preparado para ello, son razones que pueden justificar, lo que en un lenguaje popular podríamos llamar “tomar el atajo” de hacer lo más práctico, aunque no lo más ortodoxo.

Sólo el deseo de realmente evitar conflictos y procesos judiciales, como así fue por otra parte, es lo único que puede reducir o paliar el exceso jurídico que se producía. Sin rehuir por otra parte la responsabilidad que en este proceder, le corresponde a las partes negociadoras, no es menos cierto que de nuevo llamemos la atención de la dejación de la Administración, que podía haber revalidado esta realidad, dándole el barniz de legalidad en base al mecanismo, ya reiterado de la Disposición Adicional Tercera; pero tampoco en esta ocasión, cuando más necesario hubiera sido, se logró tal apoyo.

Lo cierto es que, a pesar de la evidente, a mi juicio, vulneración del principio de legalidad, este Anexo fue de absoluta pacífica aplicación, logrando el mismo nivel de consenso en su ejecución, que sus predecesores. De hecho veremos, como incluso en la futura reforma legislativa, fue incorporado casi literalmente.

El convencimiento de las partes, que esta era la mejor forma de proceder, al considerar que era lo mejor para el sector industrial, y para los titulares de derecho, sin duda fue determinante para seguir adelante. Como determinante fue, el convencimiento y la confianza en que el texto no iba a ser objeto de ataque judicial, y en caso de ser atacado, los criterios indicados de practicidad y evitación de conflictos primarían, sobre cualquier otra consideración. Como dice Quintano Ripollés⁶⁷: “La ley

⁶⁷ CUERDA RIEZU, A. (2008) “Cum Laude, guía para realizar una tesis doctoral en

reina y la jurisprudencia gobierna”.

Es cierto como, decíamos antes, que el principio de legalidad que edaba ciertamente perjudicado, y entre su respeto y la evitación de conflictos, las partes optaron por esto último. Considerado el Derecho como el instrumento de convivencia pacífica en cualquier sociedad-*Ubi societas ibi ius*-, a la vista de lo descrito anteriormente, y del resultado final, quizás cabría cuestionarnos una vez más, a lo largo de este estudio, si la ley que durante años ha regulado la copia privada y su remuneración compensatoria, ha respondido a los principios de justicia y equidad, que debe inspirar dicha norma. Aún reconociendo una cierta parcialidad por mi parte en tal análisis, los hechos descritos reflejan una realidad palmaria, y es que los defectos del texto legal tuvieron que ser subsanados, con la buena fe, inteligencia y mejor voluntad de las partes, que estuvieron muy por encima de la Administración, y al mismo tiempo muy apegados a terreno que pisaban, o dicho más correctamente al entorno social que les rodeaba.

Como último capítulo, en la vida de los Protocolos entre CEDRO y ASIMELEC, hay que indicar la prórroga, al último cronológicamente comentado, que se instrumentó con una simple carta, de fecha 18 de mayo de 1996, dirigida a ASIMELEC por CEDRO en el que se establecía una prórroga a la vigencia del Protocolo, dado que había tenido su vencimiento el 31 de diciembre de 1995. Hay que destacar que en esos momentos, estaba en pleno debate parlamentario el nuevo proyecto de ley en la materia. El escrito concedía una prórroga con carácter retroactivo desde el 1 de enero de 1996, poniendo como fecha límite, la entrada en vigor de la nueva ley de reforma de la Ley de Propiedad Intelectual. De manera subsidiaria, y para el caso que no se aprobara la prevista reforma, o cualquier otra incidencia, se preveía una vigencia hasta el 31 de diciembre de 1996. Lo cierto es que por las fechas de aprobación de la ley las condiciones del Protocolo se mantuvieron hasta bien entrado el año 2007.

Derecho”. Madrid. Tecnos. Pag.47. Cita a QUINTANO RIPOLLÉS (1968): “Interpretación de las normas penales”. Nueva Enciclopedia Jurídica. Barcelona. Seix.

Para finalizar y como resumen, queremos hacer una breve valoración de estos Protocolos, que en alguna medida hemos ido avanzando a través del análisis cronológico de los mismos.

En efecto son Protocolos que se derivan o se realizan, no tanto impulsadas las partes por la existencia de conflictos, sino por el reconocimiento de la necesidad de contar con unos criterios prácticos que facilitaran la aplicación de la ley y una actividad preventiva de conflictos.

Su naturaleza jurídica y a hemos vistos que es la de un contrato transaccional, que ha tratado constantemente de adaptar la norma a la realidad social y tecnológica. Pero con independencia de su valoración jurídica, lo más destacable y así se ha constatado por la realidad de los hechos, ha sido su contribución al buen entendimiento entre las partes, y a la evitación de conflictos. Por eso no es de extrañar que hayan tenido una vigencia que se ha extendido más de 15 años, desde el año 1992 hasta el 2007. Sin duda es la prueba más relevante de su eficacia. Durante ese periodo tan sólo un contencioso y por discrepancia entre los propios acreedores, llegó al ámbito judicial. El resto es la historia de una aplicación tranquila y eficaz, de una norma que podía ser fuente de muchos conflictos, como veremos en los epígrafes siguientes, al referirnos al bloque de fonogramas y videogramas.

6.2.2 Acuerdos del bloque de Fonogramas y Videogramas entre SGAE, AIE, EGEDA, AISGE, DAMA y ASIMELEC.

Aunque en la historia de los acuerdos entre las Entidades de Gestión del bloque de fonogramas y videogramas, para abrir diremos de audio y video, existe un acuerdo del año 1993, no tiene mayor relevancia, pues dada la normativa del momento, fue incorporado, prácticamente en su totalidad por el Mediador

correspondiente en su Resolución. El citado acuerdo se limitaba a resolver el periodo transitorio estableciendo una cantidad, ciertamente simbólica y global para todo el sector, así como unos descuentos a su vez ciertamente escasos. Desde un punto de vista jurídico no tiene mayor relevancia, por lo que son reproducibles los comentarios desarrollados anteriormente a los acuerdos iniciales de CEDRO, con los que guarda cierta similitud.

Por tanto centraremos nuestro análisis, en el acuerdo firmado entre ASIMELEC y las Entidades de Gestión, SGAE, EGEDA, AIE, AISGE, al que posteriormente se adhirieron DAMA Y AGEDI, con fecha 31 de julio del 2003.

Este acuerdo como hemos comentado en el capítulo anterior, es el fruto de una larga y tensa negociación, que trató de reconducir y encajar una ley, pensada para el mundo analógico, en una realidad digital, al tiempo que pretendía resolver por vía amistosa, la conflictividad judicial que se había creado en esta materia.

El acuerdo se instrumenta en dos cuerpos jurídicos: por un lado un Acuerdo General entre ASIMELEC y las Entidades de Gestión, y por otro, el Anexo al Acuerdo General. La razón de esta necesaria existencia de dos cuerpos jurídicos, deriva del hecho, ya contemplado anteriormente de que ASIMELEC no es deudor, en los términos de la ley. Recordemos que nos encontramos ante una Asociación, que coordina intereses, pero que no vende ni importa nada. Por tanto en el Acuerdo General, se contienen los principios, podríamos llamar básicos: fundamentación jurídica, criterios de cálculo, medidas antifraude, control y seguimiento etc.,. Sin embargo el anexo que debe ser firmado por un deudor, supone la adhesión por un lado al Acuerdo General, y por tanto la aceptación de esos principios básicos, que luego vienen desarrollados y más concretizados en dicho anexo. Veamos por tanto por separado cada uno de estos instrumentos, en el bien entendido que lo hacemos así, por una mayor facilidad sistemática en el análisis, porque desde un punto de vista jurídico, el uno no puede vivir sin el otro, o lo que es lo mismo son un único cuerpo si bien con dos instrumentos.

6.2.2.1 Acuerdo General ASIMELEC- ENTIDADES DE GESTIÓN:

Este acuerdo se instrumenta en nueve expositivos y ocho acuerdos o estipulaciones. Si siempre la parte expositiva de los acuerdos es importante, pues por regla general hace referencia a la causa, cuando por ejemplo se trata de contratos, o el Preámbulo en las normas nos marcan claramente los criterios interpretativos, en el caso que nos ocupa los ocho expositivos indicados, son realmente las conclusiones de la negociación, y honestamente debo reconocer que llevó más tiempo ponerse de acuerdo en los mismos, que en el literal y detalle de las estipulaciones. Ello es lógico si como veremos a continuación, los criterios fijados en los expositivos, eran determinantes para el cálculo de los importes a pagar.

La estructura de esta parte expositiva, podríamos sistematizarla en tres áreas: por un lado la base legal que le sirve de fundamento. En segundo lugar se fija una auténtica fórmula que contiene los criterios que sirven de base para el cálculo exacto y concreto en Euros, del importe de la remuneración compensatoria. Finalmente se hace referencia a aspectos colaterales como el Comité de seguimiento, el carácter abierto del acuerdo al efecto de evitar ser tachado de excluyente o colusorio, referencia al modelo de acuerdo del anexo, etc...

La base legal del acuerdo, sigue siendo el reiterado art 25 del Texto Refundido de la LPI de 1996, y las obligaciones que del mismo se derivan para las partes. En efecto, la base es la misma, lo único es que dicha base legal era de difícil aplicación a los nuevos productos, lo que provocó la conflictividad judicial, la posterior negociación y el final acuerdo. Pero la base legal es la misma, el art. 25 de la Ley de Propiedad Intelectual.

En cuanto a los criterios, el expositivo segundo, es claro al referirse a los

criterios fijados para la determinación de la remuneración compensatoria, aplicables a materiales y soportes digitales que permiten dicho tipo de reproducción, indicando que el acuerdo alcanzado permite *“garantizar, dar seguridad y, al mismo tiempo, resolver la conflictividad judicial surgida entre Entidades de Gestión y determinados deudores...”* Con esta declaración ya se está dando pistas sobre la naturaleza jurídica del acuerdo sobre la que volveremos en su momento.

A continuación, el indicado expositivo indica como criterios tomados en consideración por las partes: los hábitos de grabación de las obras, la incidencia de esos hábitos en el mercado profesional y doméstico, actuaciones y producciones objeto de remuneración por Copia Privada, la durabilidad de los materiales y soportes objeto del acuerdo, y la especial incidencia que en la capacidad de grabación de dichos materiales y soportes tienen los sistemas de compresión de datos.

Así enumerados nos parece que todos tienen su sentido, y que por tanto el acuerdo al respecto fue fácil. Todo lo contrario. Ambas partes sabían que tales principios serían determinantes para la posterior cuantificación de la remuneración. Por tanto, era necesario analizar cada uno de ellos con sumo cuidado. Es más, la disposición de ciertos estudios por ambas partes, permitía incluso una aproximación cuantitativa de determinados criterios, que en un principio podrían pensarse que eran de difícil concreción.

Por tanto la negociación, fue más que difícil en esta materia, puesto que en realidad muchas veces se discutían cuestiones de principio, que, aunque en el momento de la discusión, no tenían transcendencia, podía tenerla en un futuro, o bien se consideraban irrenunciables, de conformidad con los intereses de ambas partes.

Por ello no es de extrañar, que a algunos parámetros después de ser incluidos en la fórmula de cálculo, se le atribuyese el valor de la unidad, que como todos sabemos al multiplicarse por otro número no altera este último, o dicho en otros términos no incrementa la cantidad; no obstante no se renunciaba a incluirlo, aunque

su influencia cuantitativa fuera nula. Era una cuestión de principio.

Así el expositivo III del Acuerdo General tras incluir la fórmula de cálculo añade: *“ No obstante, y dado que a la fecha del presente acuerdo algunos de los parámetros contenidos en la fórmula anterior dependen de la realización de estudios técnicos y de mercado, las partes han acordado determinar la remuneración a aplicar a los materiales y soportes objeto de este acuerdo, durante el periodo de tiempo que media desde su entrada en vigor hasta el 31 de diciembre de 2005, en las cuantías que se señalan en el acuerdo PRIMERO, dejando expresa constancia de que, durante dicho periodo de tiempo, se ha asignado valor “uno” tanto al índice de compresión como a la durabilidad de dichos materiales soportes”.*

Este es un ejemplo claro del espíritu transaccional, que inspiró la negociación. Las entidades de gestión consideraban irrenunciable tener en cuenta los dos criterios citados: índice de compresión y durabilidad de los materiales y soportes, por considerarlos directamente relacionados con el daño causado. Si un soporte aplicándole un programa de compresión puede grabar más cantidad de material protegido, es claro que puede causar más daño. Los representantes de la industria, por su parte, consideraban todo lo contrario. Si se aplicaba un programa de compresión a sus materiales o soportes, es claro que los perjudicados son ellos, porque al aumentar la capacidad unitaria de los productos, se comprarían menos productos, por lo que los obligados al pago debían ser los fabricantes y desarrolladores de tales programas de compresión.

Nos encontramos con dos posturas, ninguna de las dos carentes de lógica, pero claramente enfrentadas, y a las que no renunciaba ninguna de las partes. La solución transaccional fue la que comentamos. Sin dejar de reconocer estos criterios como aplicables, posteriormente se les quitaba eficacia en el cálculo, aun que “temporalmente”, y a la espera de realización de estudios técnicos, que permitieran formar criterio al respecto. Lo cierto es que tales estudios nunca se hicieron y nunca hubo cambio en las tarifas aplicables, como consecuencia de la aplicación de tales

estudios.

Por tanto la solución como decimos, fue por un lado la consideración del coeficiente “uno” para el índice de compresión, y excluir la aplicación del mismo a los soportes objeto del acuerdo. Con lo cual ambas partes podían darse por satisfechas: por un lado una de ellas-entidades de gestión- habían logrado incluir un criterio irrenunciable, y por otro lado, la otra parte- deudores- habían logrado mitigar la eficacia de tal criterio.

Al hilo de esa manifestación, el expositivo III-bis enumera los soportes que caen dentro del ámbito objetivo del acuerdo, y así dice; “ *A los efectos de esta manifestación, se entenderá como “soportes” exclusivamente los denominados como cd-r/audio, cd-r/rw video, dvd-r/rw video y dvd/rw data*”. Con acertado criterio se utilizaron denominaciones comúnmente conocidas en el mercado y de fácil reconocimiento, por particulares o profesionales del sector. Esto sin duda contribuiría a uno de los objetivos del acuerdo, que era aclarar la situación, en cuanto a los soportes y materiales afectados, así como a las cantidades a satisfacer.

En cuanto a las fórmulas de cálculo, se establecieron tres categorías: materiales de reproducción sonora, materiales de reproducción visual o audiovisual, y por último materiales y soportes polivalentes de reproducción sonora y/o visual o audiovisual. Nótese que se crea una nueva categoría con arreglo a los bloques, que preveía el artículo 25 de la ley. En efecto, es la categoría de los llamados materiales o soportes “híbridos”, que tanto pueden grabar audio o video indistintamente o las dos cosas a la vez. Esto es un claro ejemplo de novedad técnica frente a lo previsto en la ley, y derivado de la nueva naturaleza de los equipos y soportes, afectados por la tecnología digital. Esto como veremos, no sólo trajo como consecuencia una adaptación de la tarifa, sino de los criterios de reparto entre las entidades de gestión.

Sólo basados en estudios de hábitos de uso, pueden establecerse criterios de si un soporte, el particular lo usa preferentemente para grabar audio, video o las dos

cosas a la vez. Por tanto, y a la vista de todo lo anterior, se establecieron las siguientes fórmulas de materiales y soportes específicos de reproducción sonora:

$$\text{Tarifa audio} * \text{Coef. Compresión} * \text{Coef. Durabilidad}$$

- Materiales y soportes específicos de reproducción visual o audiovisual:

$$\text{Tarifa video} * \text{Coef. Compresión} * \text{Coef. Durabilidad}$$

Materiales y soportes digitales polivalentes de reproducción sonora y / o audiovisual:

$$[(\text{tarifa audio} * \text{hábito grabación audio}) * \text{Coef. Compresión} * \text{Coef. Durabilidad}] + [(\text{tarifa video} * \text{hábito grabación video}) * \text{Coef. Compresión} * \text{Coef. Durabilidad}]$$

Segmentábamos esta parte expositiva de l Acuerdo en tres áreas, e indicábamos que una tercera área estaba dedicada a temas complementarios, y algo colaterales, aunque no exentos d e importancia. Así el Expositivo V introdujo una curiosa regla, de cuya legalidad, los deudores siempre dudaron, pero que aceptaron en aras de mantener el acuerdo global. Se trataba del deseo de las entidades de gestión de mantener las tarifas a probadas, aún en el caso de que se modificase la tarifa prevista en la ley, por modificación de la misma o por decisión de la

Administración.

El argumento utilizado por las Entidades de Gestión, era que habían hecho una gran concesión con la negociación, en términos de su suspensión de acciones judiciales, incluso las que habían concluido con éxito, y por tanto no podían correr el riesgo de que su recaudación se viera afectada, por el hecho de un cambio normativo. Por eso en el citado expositivo se decía; “ ... en aras a la necesidad de garantizar su permanencia durante el tiempo pactado, conviene que la remuneración acordada se mantenga con independencia de cualesquiera modificación en la tarifa legal que se decida por el Órgano competente, abonándose en su caso, la diferencia que pudiera resultar como obligación derivada del acuerdo alcanzado.”

Lo cierto es que jamás fue necesario aplicar este criterio. La Administración fiel a su tradición, no hizo ningún movimiento de actualización tarifaria. La nueva Ley que estudiaremos en el capítulo correspondiente, y su correspondiente Orden Ministerial de desarrollo, introdujeron pocos cambios en las tarifas pactadas. No obstante no es menos cierto que siempre la industria cuestionó hasta que punto, un pacto de esta naturaleza, podía bloquear una decisión de “*lege ferenda*”.

Sabemos los límites del principio de autonomía de la voluntad en los pactos, y entre ellos la ley aparece en primer lugar. No se trataba de hacer un descuento sino claramente de ignorar la ley, obligando incluso a abonar la diferencia que se pudiera producir, por aplicación del principio legal, lo que sin duda era más riguroso desde el punto de vista jurídico, que simplemente ignorar la ley.

En todo caso como decimos, la industria cedió, en aras de un acuerdo de mayor calado, y nunca hubo necesidad de aplicar este principio, lo cual no quita que su legalidad fuera, ciertamente cuestionable y cuestionada.

Otro aspecto a destacar, es la previsión de la constitución de un grupo de trabajo que debería velar, por la constante adaptación a la realidad tecnológica del

acuerdo, estudiando la evolución de los productos y soportes, tal como se establece en el Expositivo VI cuando dice: “Que es intención tanto de las Entidades de Gestión como de ASIMELEC que la remuneración compensatoria por copia privada aplicable a materiales y soportes digitales se aplique en relación con la evolución tecnológica que se experimente en dicho sector, con la obligación de constitución de un Grupo de Trabajo entre las partes”. Este expositivo tiene su desarrollo en la estipulación o Acuerdo Quinto, quien amplía las funciones en un principio atribuidas a este grupo de trabajo pues además de velar por la adaptación tecnológica, debe “...analizar todas aquellas medidas convenientes para la mayor efectividad del derecho de copia privada, así como la elaboración de informes y estudios que permitan, igualmente, un conocimiento actualizado de los equipos y materiales y soportes desarrollados por la nueva tecnología”.

El párrafo segundo de esta estipulación quinta, tiene una especial importancia al atribuirle a este grupo de trabajo una función, podríamos llamar de “seguimiento del fraude”. No hay que olvidar que ambas partes, como es lógico y consecuente con la negociación, pretendían lograr unos objetivos, que iban más allá de la mera fijación de productos y tarifas. Para los deudores uno de estos objetivos, por su importancia y transcendencia económica, era la persecución del fraude, en los términos comentados en otro capítulo, y cuya incidencia se sospecha podría aumentar como consecuencia del acuerdo. De ahí que existiera un gran interés, en fijar este Grupo como un canalizador de denuncias, y al mismo tiempo se exigiese a las Entidades de gestión la máxima diligencia, en la persecución del fraude. De esta era, la única forma que se podía paliar los efectos negativos previstos para el mercado.

Lamentablemente, y una vez más, la realidad superó las previsiones más negativas, como posteriormente veremos, con graves consecuencias para el mercado.

Así el indicado párrafo segundo del acuerdo quinto establecía: “Asimismo el Grupo de Trabajo será canalizador de las denuncias de incumplimiento que pudieran ponerse en conocimiento de las entidades de gestión quienes se comprometen a su

estudio e inicio, en su caso, de las acciones que procedan a la mayor brevedad. Asimismo informaran al Grupo de Trabajo, a la mayor brevedad, de las acciones realizadas y sus resultados, muy en especial las dirigidas a prevenir y erradicar el fraude en el sector”.

Para finalizar con la parte expositiva, debemos destacar el contenido de los expositivos VII y VIII, que responde a un mismo objetivo en sus respectivas áreas. En concreto se pretende dejar abierto el acuerdo, a otros acreedores y a cualquier deudor con interés en suscribirlo. Sin duda la necesidad y el deseo de no tener problemas en el ámbito de la libre competencia, evitando cualquier exclusividad, que pudiera provocar la calificación de colusorio del acuerdo, unido a la conveniencia de involucrar en el acuerdo a cuantos más agentes mejor, son razones que justifican estos dos expositivos, en donde además se hace referencia a la existencia de un anexo, al acuerdo general, que es el que firma individualmente cada deudor.

En concreto establece el Expositivo VII lo siguiente: “ *Que es intención de las partes que el presente Acuerdo pueda ser suscrito por cualquier otra Entidad de Gestión entre cuyos fines estatutarios estuviere el hacer eficaz la gestión del derecho de remuneración compensatoria por copia privada en España en las modalidades objeto del mismo, así como por cualquier otra Asociación representativa del sector o por cualquier deudor de dicha remuneración que lo desee, mediante la correspondiente adhesión a dicho acuerdo”.*

Como vemos se deja el acuerdo abierto a acreedores y deudores que, a pesar de no haber participado en la negociación, estuviesen interesados en suscribirlo. Por parte de los acreedores, recordemos que inicialmente el acuerdo no es firmado por todas las entidades de gestión del bloque correspondiente. En efecto ni AGEDI ni DAMA, firmaron el acuerdo, si bien en base al expositivo comentado, que tiene su desarrollo en la estipulación correspondiente, que más tarde citaremos, se adhirieron posteriormente al acuerdo, mediante el correspondiente escrito de adhesión.

En cuanto a los deudores, es de justicia reconocer que se producía un cierto agravio comparativo, por todas aquellas empresas deudoras, que no habiendo querido saber nada del proceso, ni contribuir a los gastos del mismo, se aprovecharon del esfuerzo desarrollado por ASIMELEC y sus asociados y representantes. Se pensó alguna fórmula que tratara de paliar esta injusticia, pero todas las propuestas chocaban con el carácter colusorio de las mismas. Por tanto, al efecto de evitar problemas en el ámbito del Derecho de la Competencia, así como el deseo de evitar el fraude, involucrando al mayor número de empresas, se decidió dejar la puerta abierta en los términos que hemos indicado y que se vieron desarrollados y refrendados, en el acuerdo Cuarto cuando establece: *“Es compromiso de las partes que el contenido del presente Acuerdo pueda ser suscrito por cualquier Entidad de Gestión entre cuyos fines estatutarios figure hacer efectivo el derecho de remuneración compensatoria por copia privada en España en las modalidades de fonogramas y otros soportes sonoros y videogramas y otros soportes visuales y/o audiovisuales, así como por cualquier otra Asociación representativa del sector, o por cualquier otro obligado al pago de dicha remuneración con independencia de su pertenencia a ASIMELEC, siendo de aplicación para estos lo previsto en el acuerdo TERCERO anterior por lo que respecta a la fecha de adhesión y suscripción del contrato tipo.*

En este sentido, las Entidades de Gestión y ASIMELEC se comprometen a dar la mayor publicidad posible al presente Acuerdo, mediante su publicación preferentemente en el BOE o, al menos en dos de los principales diarios de mayor difusión a nivel nacional y, asimismo, a través de aquellos otros medios que en su caso se estime necesario.”

Como vemos no sólo se permite la adhesión libre al Acuerdo, sino que se fomenta dicha adhesión mediante la publicidad del mismo. Asimismo la adhesión puede ser tanto de las Entidades de Gestión, como de los deudores, como incluso de cualquier Asociación de Deudores. Recordemos que ASIMELEC al ser una Asociación que representa deudores, pero que no es deudor directo, sólo puede actuar de mero coordinador, pero nunca de deudor directo. Pues bien incluso con ese carácter, se

permite la participación a cualquier otra Asociación, aunque quizás no hubiera sido necesario, y aunque, esa nueva Asociación se aprovechara del trabajo de ASIMELEC. No obstante el deseo de evitar problemas colaterales era tan grande, que imperó este criterio aperturista frente a cualquier otro. Incluso se dejaba bien claro que en ningún caso era necesario ser socio de ASIMELEC para suscribir el acuerdo. Es decir, ASIMELEC había desarrollado el esfuerzo y había hecho frente a los gastos necesarios por la realización de estudios; sin embargo, cualquiera podía aprovecharse de ese esfuerzo, tanto del trabajo como económico. Afortunadamente los redactores del acuerdo acertaron de lleno, manteniendo en este aspecto el máximo rigor y escrúpulo, pues como veremos posteriormente, cuando analicemos la denuncia que en su caso se planteó ante el Servicio de Defensa de la Competencia, sobre este acuerdo, la claridad de los términos y la realidad de los hechos, no dejaron lugar a dudas sobre la ausencia de conducta anticompetitiva.

Por su parte el Expositivo VIII establece: “ *Que, así mismo, ha sido fruto de las negociaciones la obtención de un Acuerdo tipo a suscribir por dichos deudores con Entidades de Gestión, y cuyo modelo se adjunta al presente Acuerdo marco, comprometiéndose ASIMELEC a ponerlo en conocimiento de todos sus miembros asociados, presentes y futuros, a los fines indicados y permitiendo dicho conocimiento por quienes no lo sean.*”

Ya en su momento, nos referimos a la estructura usada para que cada parte Asociación- ente coordinador-, empresa-ente deudor-ocupen la posición que legalmente les corresponde, de la que el expositivo referido no es más que su reflejo.

Analizado por tanto la parte expositiva, con alguna referencia obligada al contenido del Acuerdo, veamos los aspectos más significativos de esta parte dispositiva. En primer lugar las partes prefirieron, en lugar de utilizar la expresión “estipulación”, utilizar la expresión “acuerdo”. No hay ni ninguna razón técnica, que justifique tal preferencia terminológica, y no hay que achacarla más que al capricho del

autor del texto, y a la indiferencia por carecer de relevancia la materia, del resto de los negociadores. Lo cierto es que a veces genera cierta confusión, cuando se cita uno de los acuerdos sin indicación numérica, pues puede dar lugar a confusión con el cuerpo general del documento o con su anexo. Cuestión esta, meramente terminológica y sistemática que en nada empaña la bondad de acuerdo en su conjunto.

Pues bien el acuerdo, una vez sentada la razón o justificación del mismo, pasa directamente en el acuerdo PRIMERO, a fijar una de las cuestiones primordiales del documento, como es la tarifa que deben pagar los equipos y materiales. Ya vimos como en la parte expositiva, se fijaban los criterios así como las reglas temporales de su aplicación, pues bien en este apartado se cuantifica la tarifa de manera concreta. Y así se establece que la remuneración compensatoria de copia privada es:

Materiales o soportes digitales específicos de reproducción sonora y visual o audiovisual:

A.1.) Materiales o soportes digitales específicos de reproducción sonora, como CD-r/rw Audio, minidisc o similar: tarifa de 0,35 € por hora de grabación.
Por excepción, las partes acuerdan que la cantidad a aplicar durante el año 2003 y 2004 para este tipo de materiales y soportes, será de 0,30 € por hora de grabación.

A.2.) Materiales o soportes digitales específicos de reproducción visual o audiovisual, como DVD-r/rw Video o similar: tarifa de 0,70 € por hora de grabación.

B) Soportes o materiales digitales polivalentes de reproducción sonora y /o visual o audiovisual (CD-r/rw Data, DVD-r/rw Data ...).

La remuneración a aplicar distinguirá la correspondiente a reproducción por modalidad audio y reproducción por modalidad visual o audiovisual en los términos

que se indican a continuación.

B.1. Soporte CD-r/rw Data o similar

La remuneración aplicable a dicho tipo de soporte será la siguiente:

a) Ejercicio 2003 (desde la entrada en vigor del presente acuerdo hasta el día 31 de diciembre de 2003): **0,13 € hora de grabación, debiendo distinguirse:**

- remuneración / hora reproducción audio: 0,1138 €
- remuneración / hora reproducción video: 0,0163 €

b) Ejercicio 2004 (1 / enero a 31 / diciembre 2004): **0,13 € hora de grabación, debiendo distinguirse:**

- remuneración / hora reproducción audio: 0,1138 €
- remuneración / hora reproducción video: 0,0163 €

c) Ejercicio 2005 (1 / enero a 31 / diciembre 2005): **0,16 € por hora de grabación**, obligándose ENTIDADES DE GESTIÓN a notificar a ASIMELEC, antes de la fecha de 30 de noviembre de 2004, el porcentaje de dicha cifra que ha de ser aplicado a la remuneración / hora por reproducción audio y a la reproducción / hora por grabación de video para dicho Ejercicio.

Las remuneraciones anteriormente expresadas se aplicarán a todas las operaciones sujetas a remuneración por copia privada de este tipo de soportes o materiales entre la fecha de entrada en vigor de este acuerdo y la del 31 de diciembre del año 2005, sin perjuicio de la prórroga a que más adelante se hará referencia.

B.2. Soporte DVD-r/rw Data

*La remuneración aplicable para este tipo de soporte en el período de tiempo que media desde la fecha de entrada en vigor del acuerdo hasta la del 31 de diciembre de 2004 será de **0,30 € por hora de grabación**, debiendo distinguirse:*

- remuneración / hora reproducción audio: 0,0103 €
- remuneración / hora reproducción video: 0,2897 €

Para este concreto soporte de DVD-r/rw Data, y exclusivamente para el ejercicio 2005, las partes firmantes del acuerdo aceptan que la cantidad a aplicar estará supeditada a la realización de estudios de mercado de este tipo de soporte. Si por cualquier causa no tuviese efectividad el estudio que se acaba de mencionar, las partes acuerdan prorrogar la remuneración pactada (como mínimo 0,30 € por hora de grabación) exclusivamente hasta la fecha de 31 de diciembre de 2005.

Las partes aceptan exclusivamente como criterio para el cálculo de la remuneración y para los ejercicios 2003 y 2004, que la capacidad de reproducción de videogramas de un soporte de 4,7 Gb-en función de los actuales usos de grabación habituales entre los usuarios de esta clase de soportes- es de 120 minutos, obligándose las partes a realizar durante el año 2004 estudios que precisen y actualicen dicha capacidad al objeto de su aplicación en el año 2005. Caso de que por cualquier causa no tuviesen efectividad dichos estudios, las partes acuerdan aceptar la capacidad de grabación antes señalada, exclusivamente para dicho ejercicio.”

Como vemos una exhaustiva clasificación de producto y soportes, con su correspondiente tarifa y con normas transitorias para su aplicación. Lo cierto es que no merece la pena profundizar en esta tarifa, pues sería como reproducir los argumentos y discusiones de la negociación que, como se puede suponer y quedó acreditado en el capítulo anterior, fue ardua y prolija. Baste aquí decir que la tarifa, aunque no se

parece en nada a la que figura en la ley, concretamente en el artículo 25 de la misma, la base de partida y de cálculo es dicha tarifa. Por otra parte, el hecho que no se parezca en nada a la tarifa legal, lejos de ser una crítica, más bien debe considerarse un acierto, pues están tan alejados tecnológicamente los productos de una u otra naturaleza-analógica o digital- que, la semejanza de tarifa podría significar, que los negociadores no aplicaron adecuadamente, los criterios de esa nueva realidad tecnológica.

Lo cierto es que desde un punto de vista jurídico, poco análisis se puede hacer, salvo el que subyace en todo este capítulo y el anterior, cuando hablábamos de los descuentos, y es ¿hasta qué punto las partes tenían capacidad para fijar estas tarifas?

De nuevo aparece el principio de legalidad, como posible objeto de vulneración por una negociación, y un resultado, el acuerdo, cuya bondad para resolver el conflicto nadie cuestiona, y cuyo carácter transaccional, como a continuación veremos, lo ha convertido en un auténtico hito histórico en la materia. Pero insisto ¿hasta qué punto las partes podían ignorar la tarifa del artículo 25 y poner otras?

Aparte de la practicidad y los buenos resultados que el acuerdo produce, existen algunos argumentos que consideramos de peso para proceder de esta manera. Por un lado el artículo 3.1 del Código Civil, cuando nos marca los criterios a los que debe someterse una adecuada labor exegética. Y cita entre ellos “la realidad social del tiempo en que han de ser aplicados” por un lado y “el espíritu y finalidad de aquellas”. Por otro lado no cabe duda que ambos son determinantes para interpretar una norma, de imposible aplicación como era el artículo 25 del Texto Refundido de 1996 que, recordemos, habla de minutos y pesetas, cuando la realidad social y tecnológica hablaba de bytes y de Euros.

Por otra parte no cabe duda, que el principio de libertad de pactos del artículo 1255 de nuestro Código Civil, es base más que suficiente cuando deliberadamente se hace constar en la parte expositiva, como hemos visto, que se parte de las tarifas de la

ley, lo que sin duda supone el respeto a las mismas, aunque interpretándolas con los criterios del art 3.1 del Código Civil, antes citado.

Para finalizar baste indicar en lo que a la tarifa se refiere, que la misma se establece, siguiendo el criterio de tarifa y hora de reproducción como en la ley; no obstante, dada la amplia gama de productos y la dificultad de conversión de minutos a bytes, se acordó la realización de una tabla, que establecía la tarifa concreta y directa, aplicable a cada equipo y soporte en función de sus peculiaridades, y para facilitar aún más las cosas, utilizando el nombre comercial más frecuente en el mercado, lo que evitó no pocos conflictos de interpretación, al tiempo que facilitaba enormemente la cumplimentación, por parte del deudor, de las declaraciones trimestrales. Este catálogo figuraba como Anexo en el Anexo al Acuerdo General entre ASI MELEC según el siguiente detalle:

Remuneración aplicable a los soportes CD-r/w DATA Ejercicio 2005		
Descripción soporte	Capacidad	Remuneración
CD-r/w DATA 650MB	650	0,20 €
CD-r/w DATA 680MB	680	0,21 €
CD-r/w DATA 700MB	700	0,22 €
CD-r/w DATA 730MB	730	0,22 €
CD-r/w DATA 800MB	800	0,25 €
CD-r/w DATA 850MB	850	0,26 €
CD-r/w DATA 875MB	875	0,27 €
CD-r/w DATA 900MB	900	0,28 €
CD-r/w DATA 1300MB	1300	0,40 €

B2) Soporte DVD-r/rw data:

Remuneración aplicable a los soportes DVD-r/rw DATA Ejercicios 2003, 2004				
Descripción soporte	Capacidad	Audio	Video	Remuneración
DVD-R/RW DATA 4.7 GB	4,7	0,0206	0,5794	0,6000
DVD-R/RW DATA 3,95 GB	3,95	0,0172	0,4828	0,5000
DVD+R/RW DATA 4,7GB	4,7	0,0206	0,5794	0,6000
DVD-RAM DATA 2,6	2,6	0,0114	0,3186	0,3300
DVD-RAM DATA 4,7	4,7	0,0206	0,5794	0,6000
DVD-RAM DATA 5,2	5,2	0,0227	0,6373	0,6600
DVD-RAM DATA 9,4	9,4	0,0412	1,1588	1,2000

Y Entidades Gestión según el siguiente detalle:

ANEXO

TABLAS REMUNERACIÓN COMPENSATORIA COPIA PRIVADA

A1.- Materiales y soportes específicos de reproducción sonora:

Remuneración aplicable durante los ejercicios 2003 y 2004:

Descripción soporte	Capacidad	Remuneración
CD-r/rw Audio 74 min	650	0,37 €
CD-r/rw Audio 80 min	700	0,40 €
Minidisc 74 min.		0,37 €
Minidisc 80 min.		0,40 €

Remuneración aplicable durante el ejercicio 2005:

Descripción soporte	Capacidad	Remuneración
CD-r/rw Audio 74 min	650	0,43 €
CD-r/rw Audio 80 min	700	0,46 €
Minidisc 74 min.		0,43 €
Minidisc 80 min.		0,46 €

A2.- Materiales y soportes específicos de reproducción visual o audiovisual:

Remuneración aplicable durante los ejercicios 2003, 2004		
Descripción soporte	Capacidad	Remuneración
DVD-R/RW VIDEO 4.7 GB	4,7	1,40 €
DVD-R/RW VIDEO 3,95 GB	3,95	1,18 €
DVD+R/RW VIDEO 4,7GB	4,7	1,40 €
DVD-RAM VIDEO 2,6	2,6	0,77 €
DVD-RAM VIDEO 4,7	4,7	1,40 €
DVD-RAM VIDEO 5,2	5,2	1,55 €
DVD-RAM VIDEO 9,4	9,4	2,80 €

B1) Soporte Cd-r/rw data o similar:

Remuneración aplicable a los soportes CD-r/rw DATA Ejercicio 2003				
Descripción soporte	Capacidad	Audio	Video	Remuneración
CD-r/rw DATA 200MB	200	0,0438	0,0062	0,0500
CD-r/rw DATA 650MB	650	0,1400	0,0200	0,1600
CD-r/rw DATA 680MB	680	0,1488	0,0212	0,1700
CD-r/rw DATA 700MB	700	0,1487	0,0213	0,1700
CD-r/rw DATA 730MB	730	0,1574	0,0226	0,1800
CD-r/rw DATA 800MB	800	0,1750	0,0250	0,2000
CD-r/rw DATA 850MB	850	0,1837	0,0263	0,2100
CD-r/rw DATA 875MB	875	0,1923	0,0277	0,2200
CD-r/rw DATA 900MB	900	0,1925	0,0275	0,2200
CD-r/rw DATA 1300MB	1300	0,2799	0,0401	0,3200

Remuneración aplicable a los soportes CD-r/rw DATA Ejercicio 2004				
Descripción soporte	Capacidad	Audio	Video	Remuneración
CD-r/rw DATA 200MB	200	0,0438	0,0062	0,0500
CD-r/rw DATA 650MB	650	0,1400	0,0200	0,1600
CD-r/rw DATA 680MB	680	0,1488	0,0212	0,1700
CD-r/rw DATA 700MB	700	0,1487	0,0213	0,1700
CD-r/rw DATA 730MB	730	0,1574	0,0226	0,1800
CD-r/rw DATA 800MB	800	0,1750	0,0250	0,2000
CD-r/rw DATA 850MB	850	0,1837	0,0263	0,2100
CD-r/rw DATA 875MB	875	0,1923	0,0277	0,2200
CD-r/rw DATA 900MB	900	0,1925	0,0275	0,2200
CD-r/rw DATA 1300MB	1300	0,2799	0,0401	0,3200

Remuneración aplicable a los soportes CD-r/rw DATA Ejercicio 2005		
Descripción soporte	Capacidad	Remuneración
CD-r/rw DATA 650MB	650	0,20 €
CD-r/rw DATA 680MB	680	0,21 €
CD-r/rw DATA 700MB	700	0,22 €
CD-r/rw DATA 730MB	730	0,22 €
CD-r/rw DATA 800MB	800	0,25 €
CD-r/rw DATA 850MB	850	0,26 €
CD-r/rw DATA 875MB	875	0,27 €
CD-r/rw DATA 900MB	900	0,28 €
CD-r/rw DATA 1300MB	1300	0,40 €

B2) Soporte DVD-r/rw data

Remuneración aplicable a los soportes DVD-r/rw DATA Ejercicios 2003, 2004				
Descripción soporte	Capacidad	Audio	Video	Remuneración
DVD-R/RW DATA 4,7 GB	4,7	0,0206	0,5794	0,6000
DVD-R/RW DATA 3,95 GB	3,95	0,0172	0,4828	0,5000
DVD+R/RW DATA 4,7GB	4,7	0,0206	0,5794	0,6000
DVD-RAM DATA 2,6	2,6	0,0114	0,3186	0,3300
DVD-RAM DATA 4,7	4,7	0,0206	0,5794	0,6000
DVD-RAM DATA 5,2	5,2	0,0227	0,6373	0,6600
DVD-RAM DATA 9,4	9,4	0,0412	1,1588	1,2000

Como vemos un ejercicio exhaustivo de detalle, cuya recompensa fue, la facilidad en la aplicación del sistema, y la evitación de conflictos, y la aplicación pacífica de la norma, evitando errores, subsanaciones, reclamaciones entre las partes, etc...

Una vez más hay que reconocer el esfuerzo realizado por los negociadores, para desde unos criterios, más bien genéricos, y con posiciones enfrentadas, llegar al

nivel de detalle que se plasma en referido Anexo.

En relación a esta tarifa, quedaría analizar una última cuestión, de especial relevancia como posteriormente veremos. No cabe duda de los efectos benéficos que, antes aludíamos de la ausencia de conflictos, pero en realidad lo que al mismo tiempo debemos cuestionarnos, por su importancia tanto desde el punto de vista de los usuarios, como desde el más estricto punto de vista jurídico. Era si la tarifa tras las diversas y complejas adaptaciones de los importes de la ley, y los criterios del acuerdo, ¿eran iguales, inferiores o superiores a las de la ley?

La cuestión no es baladí, sobre todo desde el punto de vista del Derecho de la Competencia, como en su momento veremos, sino para determinar si en el fondo, las Entidades de Gestión admitieron descuentos tácitos sobre la tarifa legal.

La respuesta es clara, y así se hizo constar por ASIMLEC pública y privadamente. Y esta respuesta es que, los importes del acuerdo eran sensiblemente inferiores, a los importes resultantes de la aplicación automática de la ley, y en algunos casos esa reducción puede llegar al 50%, como es el caso del CD-R Data. En efecto de manera pública ASIMELEC publicó una nota de prensa en septiembre del 2003 bajo el título de “ASIMELEC negoció durante meses para rebajar el canon por copia privada de los CD-R Data en casi la mitad”, en un deseo claro de convencer al consumidor de la bondad⁶⁸ del acuerdo, y evitar la confusión que al respecto se estaba generando.

En el deseo de convencer al Tribunal de Defensa de la Competencia, en el expediente que será objeto de análisis en otro apartado de este capítulo, que en efecto el acuerdo era beneficioso para el consumidor, ASIMELEC aportó un documento de fecha 29 de julio de 2003 en el que bajo el título de “Los soportes digitales y el canon

⁶⁸ www.asimelec.es. En la actualidad www.ametic.es.

por copia privada”, justifica con cifras y datos la afirmación anterior, según el siguiente cuadro comparativo entre las tarifas de la ley y las resultantes del acuerdo, el resultado es el siguiente:

	Acuerdo (2004)	TRLPI*	Diferencia	Rebaja (%)
CD-RW Data	0,13	0,18	0,05	27,90
CD-RW Audio	0,3	0,72	0,42	58,40
Minidisc 0,3		0,72	0,42	58,40
DVD ± R/RW Data	0,3	1,20	0,90	75,04
DVD ± R/RW Video	0,7	1,20	0,50	41,76
* Se ha multiplicado por 4 la tarifa del TRLPI para tener en cuenta la capacidad de compresión (salvo en el caso CD-RW Data)				

	Acuerdo (2005)	TRLPI*	Diferencia	Rebaja (%)
CD-RW Data	0,16	0,18	0,02	11,26
CD-RW Audio	0,35	0,72	0,37	51,47
Minidisc 0,35		0,72	0,37	51,47
DVD ± R/RW Data	0,3	1,20	0,90	75,04
DVD ± R/RW Video	0,7	1,20	0,50	41,76
* Ídem.				

Por su parte la SGAE, en el expediente indicado y a los mismos efectos que los citados por ASIMELEC, aunque basados en estudios diferentes, afirmó que en el cálculo de la tarifa se había tenido en cuenta los siguientes factores de compresión: 11 (por hora de grabación nominal) para el caso del CD y minidisc, y 3 (por hora de grabación nominal) para el caso de DVD (los DVD son de 4,7 GB=120 minutos o dos horas nominales. El resultado para la SGAE era el siguiente:

	Acuerdo (2004)	TRLPI*	Diferencia	Rebaja (%)
CD-RW Data	0,13	1,98	1,85	93,45
CD-RW Audio	0,3	1,98	1,68	84,87
Minidisc 0,3		1,98	1,68	84,87
DVD +- R/RW Data	0,3	1,80	1,50	83,36
DVD +- R/RW Video	0,7	1,80	1,10	61,18
* Se ha multiplicado por 11 (6 en el caso de DVD) la tarifa del TRLPI para tener en cuenta la capacidad de comprensión.				
	Acuerdo (2005)	TRLPI*	Diferencia	Rebaja (%)
CD-RW Data	0,16	1,98	1,82	91,93
CD-RW Audio	0,35	1,98	1,63	82,35
Minidisc 0,35		1,98	1,63	82,35
DVD +- R/RW Data	0,3	1,80	1,50	83,36
DVD +- R/RW Video	0,7 1,80		1,10	61,18
* Ídem. ⁶⁹				

Como vemos, se recogen dos alternativas o criterios de cálculo, en función de la aplicación o no del criterio de comprensión técnica, y por tanto dos resultados diferentes, y en algunos casos alejados, pero ambos coincidentes en el hecho de la existencia de una rebaja de la tarifa legal. La rebaja será mayor o menor, según el procedimiento utilizado. Lo que no cabe duda es que la rebaja existe.

Cabe cuestionarnos:

¿Por qué las entidades de gestión aceptaron esta rebaja? Sinceramente

⁶⁹ Propuesta de Sobreseimiento del Tribunal de Defensa de la Competencia de 23 de marzo de 2006. Expediente 2511/04.

creemos que, además que el carácter transaccional obligaba en parte a ello, los deudores tuvieron la capacidad de convencer a las entidades de gestión, que es la realidad digital que supone que, un equipo o soporte tiene una multifuncionalidad, que hace que alguna de sus funciones no esté sujeta a remuneración compensatoria, debía ser tenida en cuenta. Y así se reconoce en la Propuesta de Sobreseimiento citada cuando dice a este respecto: “ *ASIMELEC (folio 723) y SGAE (folio 909) explican que la rebaja puesta de manifiesto en los cuadros es resultado de la valoración de la circunstancia de que, a pesar de la idoneidad de los soportes y materiales digitales para copiar obras protegidas, reconocida en las sentencias judiciales, el uso que se les da en muchas ocasiones no es ese*”.

Otro aspecto de vital importancia es la vigencia del acuerdo, al que se refiere el Acuerdo o Estipulación Segunda en relación con la Tercera. En cualquier relación jurídica normal y sin especial complejidad, son dos las fechas que deben ser tomadas en consideración: la entrada en vigor del acuerdo y por tanto el inicio de la relación, y por otra parte la vigencia del mismo o fecha de finalización de la relación jurídica de que se trate.

Pues bien en el Acuerdo que nos ocupa quedan claras ambas fechas, pero es necesario realizar alguna otra precisión, derivado del entramado de relaciones jurídicas afectadas por el acuerdo. No olvidemos que existían unas causas judiciales pendientes de resolución. No olvidemos también, que existían una serie de operaciones previas al acuerdo que podían ser objeto de reclamación. Todo ello otorgaba una complejidad a esta materia, que los negociadores trataron de solventar de la manera, que veremos a continuación.

El acuerdo segundo establecía unas fechas claras: “ El presente acuerdo entrará en vigor en la fecha de 1 de septiembre de 2003 y finalizará su eficacia el 31 de diciembre de 2005...” Es importante resaltar en una primera instancia que el Acuerdo se firma con fecha 31 de julio del 2003 pero entra en vigor el 1 de septiembre del mismo año, por lo que hay un mes, agosto del 2003, de intervalo respecto al que

se adoptaron alguna medidas para evitar algún posible fraude.

La razón de establecer la entrada en vigor el 1 de septiembre, era para hacer coincidir la exigibilidad de la tarifa con el trimestre natural, y al mismo tiempo dar un plazo breve, transitorio y además coincidente con el periodo vacacional (mes de agosto), para que los deudores hicieran las adaptaciones necesarias al nuevo escenario. Pero al mismo tiempo, recordemos que las empresas deudoras deben además firmar un acuerdo de adhesión, que instrumenta su relación particular con las Entidades de Gestión. Era necesario poner un límite a ese periodo de adhesión, pues las empresas deudoras declaraban desde la firma del Acuerdo. Bastaba que una de ellas se adhiriera por ejemplo seis meses más tarde de la fecha posible para hacerlo, (1 de septiembre del 2003), para que obtuviera una ventaja competitiva respecto, al que se había adherido anteriormente. Por tanto había que poner un límite y ese límite era el 31 de octubre del mismo año. Es decir se crea un periodo concreto de adhesión, fuera del cual no era posible suscribir el acuerdo, salvo en el caso de inicio de actividad.

Por tanto, recapitulando y en resumen las fechas relevantes son:

- 31 de julio del año 2003 fecha de la firma del acuerdo.
- 1 de septiembre del año 2003 fecha de la entrada en vigor del acuerdo.
- 31 de octubre del año 2003 fecha límite para realizar la adhesión al acuerdo.
- 31 de diciembre del año 2005 fecha del fin de vigencia del acuerdo.

Para finalizar con esta materia de fechas, es necesario hacer dos precisiones en relación con dos de ellas. En primer lugar con el plazo que va desde la firma, hasta la entrada en vigor (un mes). En efecto podría darse el caso que algún deudor, conocedor e incluso firmante del acuerdo, realizase una labor de acopio, concentrando

todas las ventas de los meses siguientes, durante el mes de agosto, evitando pagar por las mismas. Es decir se corrió a el riesgo de que la picaresca, primara en algunos deudores, y concentraran prácticamente las ventas del año en un solo mes, eludiendo el pago de la remuneración compensatoria. Pensemos que desde un punto de vista jurídico y operativo, podría perfeccionarse en contrato de compraventa de mercancía, previéndose entregas periódicas dilatadas en el tiempo, y satisfaciendo el precio en el mes de agosto.

Al efecto de evitar que a través de esta labor de acopio, se produjese un fraude masivo, los negociadores incluyeron un párrafo en el Acuerdo Tercero que establecía lo siguiente: *“Sin perjuicio de lo anterior-plazo de adhesión-, las partes manifiestan que todas aquellas operaciones de comercialización de materiales objeto del Acuerdo, llevadas a cabo por empresas que se adhieran mediante suscripción del contrato tipo a que se refiere el exponendo VIII y que hubieran sido efectuadas, en cualquier forma, con anterioridad a la fecha de 1 de septiembre de 2003, se considerarán perfeccionadas, a efectos de abono de la remuneración compensatoria pactada, en la fecha de efectiva entrega y recepción de los materiales objeto del Acuerdo. “*

Es esta una materia que, aunque pensada para prever un posible caso de fraude o elusión de pago, tiene una gran transcendencia jurídica. En efecto las partes solucionaron el tema haciendo coincidir la perfección del contrato, con la entrega física de la mercancía, con independencia de la fecha de cumplimiento de cualquier otra de las prestaciones: precio, etc...Es más, como la desconfianza era muy alta, pues en materia de fraude, las experiencias del pasado, acreditaban que la imaginación para defraudar no tiene límite, en el párrafo siguiente se establece: *“A los efectos oportunos las empresas firmantes del acuerdo pondrán a disposición de las entidades gestoras, a requerimiento de las mismas, los documentos correspondientes a la entrega y recepción de los materiales a que se refieren las operaciones expresadas en el párrafo anterior, en especial los albaranes acreditativos de ello.”* Evidentemente siempre le cabía al deudor, alterar los albaranes o documentos de entrega, pero es evidentemente asimismo, que estaría cometiendo un delito de falsedad documental,

con las responsabilidades inherentes al tipo penal correspondiente.

Sin embargo lo más relevante de este blindaje legal para contratos de venta de equipos y soportes sujetos, firmados con anterioridad al 1 de septiembre del 2003 era que, a su contrario, todo contrato firmado con anterioridad a esa fecha y cuya mercancía se hubiera entregado también con anterioridad a la misma quedaba fuera del ámbito del Acuerdo y por tanto no pagaba la tarifa prevista en el mismo.

Por tanto la suscripción del acuerdo de adhesión por parte de la empresa deudora, tenía un claro efecto liberatorio para el deudor que lo suscribía, respecto a las operaciones del pasado, lo que suponía asimismo un claro blindaje judicial, o dicho en otros términos, la certeza de que no iba a ser demandado por las operaciones de los años anteriores, o incluso en el caso de haber sido demandados las Entidades de Gestión harían dejación de dichas acciones. La interpretación a sensu contrario, por un lado y la claridad de los términos del Anexo, que a continuación veremos no dejan lugar a dudas.

Para finalizar con los comentarios relativos a la vigencia del Acuerdo marco, debemos indicar que se prevé la prórroga obligatoria, a la fecha de vencimiento del acuerdo-31 de diciembre de 2005-, por periodos semestrales sucesivos, salvo que con anterioridad a la fecha indicada, se hubiese aprobado por el Órgano competente tarifas específicas, para los materiales y soportes objeto del Acuerdo, sin perjuicio de la obligación de mantener, en todo momento, negociaciones tendientes a la consecución de un nuevo acuerdo que sustituya al que en cada momento se encontrase vigente. Es decir en la medida que no se dictasen tarifas específicas por la Administración, se prorrogaban las vigentes en el acuerdo semestralmente, pero con la obligación de renegociarlas.

Asimismo se preveía el incremento del IPC en los siguientes términos del párrafo segundo del Acuerdo o estipulación segunda: “ *En caso de prórroga, las Entidades de Gestión y ASIMELEC acuerdan que la remuneración pactada en el*

presente documento se incrementará o disminuirá en el porcentaje correspondiente al Índice de Precios al Consumo del epígrafe de Ocio y Cultura tomado como referencia al correspondiente ejercicio inmediatamente anterior”.

Cabría suponer que esta actualización automática, era incompatible con la obligación de renegociación existente en el párrafo anterior. Ello no era así, dado que el mecanismo era el siguiente: en caso de prórroga, en efecto la actualización de tarifas, referenciadas al IPC indicado, era automática y ello no era óbice para negociar la actualización de productos y sus características técnicas. Recordemos el nivel de detalle que contenía el anexo, que fijaba tarifas. Si a ello se le añade que la evolución en el mercado era y es, prácticamente constante, lo cierto es que la renegociación era obligada porque así se pactó y porque así lo exigía el mercado.

No contiene el acuerdo más detalles dignos de mención por su trascendencia práctica, o por su peculiaridad jurídica, limitándose a añadir alguna cláusula de estilo si mayor alcance. Pasemos por tanto al análisis del segundo cuerpo jurídico en el que se instrumentó la relación entre acreedor y deudor.

6.2.2.2 Anexo al Acuerdo General ASIMELEC-ENTIDADES DE GESTIÓN.

Este anexo se configura como parte integrante del instrumento jurídico en el que se estableció el acuerdo. En el caso del acuerdo firmado entre ASIMELEC y las Entidades de Gestión en efecto era un anexo que reflejaba, dado el papel de coordinador que ASIMELEC realizaba, cómo se tenía que instrumentar la relación jurídica entre la empresa deudora y las entidades de gestión, por lo que a pesar de su naturaleza de anexo, en este caso era el cuerpo principal de las obligaciones del deudor.

Realizamos esta primera aclaración, respecto a la calificación de este

instrumento jurídico como anexo, y al que aludimos en su momento, porque si realmente se hubiera tratado de un anexo, no hubiera hecho falta, la parte expositiva que en el mismo se refleja y que en grandes líneas, coincide con los expositivos del acuerdo marco. Como vemos se trata por tanto de dos cuerpos jurídicos complementarios, y no necesariamente unidos pero que juegan el papel, con independencia de su denominación, de principal o de anexo, en función de quien los firme. Es por tanto lógico que la parte expositiva de este anexo coincida en su espíritu y casi en su redacción, con la parte expositiva de acuerdo marco comentado en el epígrafe anterior. Este juego de instrumento principal o complementario según los casos, que da claro en el Expositivo V, cuando dice:” *Que, así mismo, la Entidad Deudora tiene conocimiento del Acuerdo general suscrito entre ENTIDADES DE GESTIÓN y la Asociación ASIMELEC, como del íntegro contenido de todas y cada una de las estipulaciones de dicho Acuerdo, según copia que se acompaña al presente documento, formando parte integrante del mismo.*”

El objeto del acuerdo viene claramente reflejado en la Cláusula Segunda cuando dice: “Constituye el objeto del presente acuerdo la regulación de las relaciones entre las ENTIDADES DE GESTIÓN y ENTIDAD DEUDORA que lo suscriben, como consecuencia de la importación, fabricación y comercialización de determinados materiales y soportes, tales como CD-r/rw audio, Minidisc, CD-r/rw data, DVD-r/rw video, DVD-r/rw audio, DVD-r/rw data, que permiten la reproducción en el ámbito doméstico de obras, actuaciones y producciones de carácter musical y visual o audiovisual, en los términos contenidos en el actual artículo 25 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual”, nada nuevo ni más acorde con lo comentado en su momento, en la parte expositiva del acuerdo marco.

Todo lo dicho también en su momento sobre el período de aplicación de l acuerdo, si bien planteado en otros términos, es perfectamente válido en este anexo. En efecto la cláusula tercera establece lo siguiente: “*El presente acuerdo retrotrae sus efectos al inicio de las operaciones de fabricación, importación y comercialización de los soportes y materiales sometidos a la remuneración, y finalizará en la fecha de 31*

de diciembre de 2005, sin perjuicio de poder ser prorrogado en los términos que se indicarán más adelante.

Como consecuencia de lo anterior las entidades de gestión renuncian al ejercicio de cualquier acción judicial en reclamación de cantidad alguna por el periodo transcurrido hasta la fecha de 31 de agosto de 2003 inclusive, siempre que la entidad deudora cumpla fiel y escrupulosamente la totalidad de las obligaciones asumidas en el presente acuerdo durante el plazo de vigencia del mismo”.

Vemos como no habla de entrada en vigor, ni de plazo de aplicación. A ello se refiere la cláusula duodécima. En realidad esta cláusula tercera lo que pretende, es establecer un régimen transitorio de aplicación a determinadas operaciones por un lado, y por otro lado, establecer o declarar el carácter liberatorio, y la renuncia de acciones por parte de las Entidades de Gestión, siempre que se cumplan determinados requisitos.

Como vemos en el primer párrafo, se hace coincidir la eficacia del acuerdo al momento en que el deudor, realizó la primera operación de fabricación, importación o comercialización, con independencia de la fecha, en la dicha operación tuvo lugar. Se utiliza por tanto una técnica muy cercana a la técnica tributaria, por lo que el nacimiento de la obligación se produce cuando dice la ley, pero el “hecho imponible” de aplicación de este acuerdo, tiene lugar cuando se realizan las operaciones descritas para los soportes y productos afectados.

Es curiosa la utilización del término “retrotrae” en este caso. Ya hemos visto en capítulos anteriores que la retroactividad no es ajena al fenómeno de la copia privada, si bien en este caso el contenido de esta cláusula, introducida obviamente a sugerencia de los acreedores tiene un mayor calado. En efecto, trata de constituir un incentivo para adherirse al acuerdo. Para entender esto, hay que poner este primer párrafo en relación con el segundo, en el que se recoge una renuncia de las Entidades de Gestión, al ejercicio de acciones frente al deudor que se adhiera al acuerdo, y

cumpla adecuadamente los términos del mismo.

Es decir, si no se firmaba el acuerdo, las entidades de gestión mantenían intacta la facultad de ejercitar acciones por el total de la deuda, incluida aquellas operaciones anteriores a la firma del acuerdo. Esta facultad en realidad estaba ya recogida en la ley, pues recordemos que el artículo 25 del Texto Refundido, así lo explicita, cuando establece quiénes son deudores, atribuyéndoles tal condición a los que realizan, las operaciones descritas. Por tanto las entidades de gestión quisieron dejar bien claro, aún a riesgo de ser redundantes que, mantenían intacta su capacidad de reclamación. La única duda existente es, si esa reclamación para los que no se adherieran, podría plantearse con los importes recogidos en el acuerdo. Nos tememos que ello no era así. En primer lugar porque las tarifas del acuerdo no son ley, sino parte de un acuerdo entre las partes. Se establecen en función de los parámetros de la ley, pero no son ley.

Y en segundo lugar, como en epígrafes siguientes veremos, los importes del acuerdo, son algo inferiores a lo que una aplicación aritmética de la ley supondría. Por tanto es de suponer, que las entidades de gestión optarían por plantear la hipótesis más favorable a sus intereses, la tarifa de la ley, y que además podía ser menos cuestionada por la parte demandada, sin olvidar que tal parte demandada, no era merecedora de ninguna reducción, al no ser firmante del acuerdo.

Especial relevancia tiene el párrafo segundo, de la cláusula comentada, por el efecto liberatorio que supuso para los deudores. En efecto no olvidemos, que nos encontramos ante una negociación, que deriva de un conflicto judicial. Obtener una declaración, por la que las Entidades de Gestión renuncian al ejercicio de acciones judiciales de reclamación de cantidad alguna, era uno de los objetivos principales de los deudores, porque además, era evidente que tal renuncia, implicaba asimismo una dejación de finitima de las acciones en curso, y la no ejecución de las sentencias dictadas, por las operaciones realizadas con anterioridad al 31 de agosto del 2003.

Nótese como en ningún momento las Entidades de Gestión hacen dejación de su derecho al cobro de la totalidad de la cantidad que correspondía, incluso con anterioridad al 31 de agosto del 2003. Sólo hacen renuncia de su derecho al ejercicio de acciones judiciales. Ello es así porque el beneficio de la condonación del período previo al acuerdo, se concede para aquellos deudores que firmen el mismo y, “... siempre que la entidad deudora cumpla fiel y escrupulosamente la totalidad de las obligaciones asumidas en el presente acuerdo...”. Es decir no se trata de una plena condonación de deuda, sino de una renuncia transitoria que, queda anulada en caso de incumplimiento por parte del deudor.

Esto en realidad era un grave riesgo para el deudor, pues una simple discrepancia en una declaración, en cuantos a datos de cifras y productos, podría interpretarse como incumplimiento, con las graves consecuencias que ello suponía, pues implicaba la posibilidad de que la Entidad de Gestión, reclamase la totalidad de la deuda desde “... el inicio de las operaciones...”. No obstante, el beneficio para los deudores era tan evidente y tangible, que se aceptó dicho planteamiento, a pesar de los riesgos que el mismo implicaba.

Hay una cuestión de suma importancia, que no dejó resuelta el acuerdo en este aspecto, y que sin duda tenía una gran transcendencia práctica. Nos referimos a la posibilidad de reclamar cantidades por productos no incluidos en el acuerdo. No olvidemos que el ámbito del acuerdo se circunscribe a determinados soportes y productos, que expresamente, vienen especificados en el mismo, tal y como hemos visto anteriormente.

La cuestión por tanto es, ¿qué pasa con aquellos productos que son susceptibles de realizar copias de material protegido por el derecho de autor, y que no estaban contemplados en el acuerdo, y que por su tecnología digital, son de difícil encaje en la ley? Quizás un ejemplo refleje mejor la cuestión que planteamos. ¿Qué ocurría con un mp3, que ya en aquella época se empezaba a comercializar, si bien de manera incipiente? ¿Cabía por analogía entender que disfrutaban de los beneficios del

acuerdo?

¿Cabía una acción judicial, por parte de las Entidades de Gestión en reclamación de cantidad por las ventas de equipos mp3 o teléfonos móviles con mp3, realizadas durante la vigencia del acuerdo?

Se trata de una difícil materia, que apareció durante las negociaciones, pero que se prefirió no tratar, para evitar poner en riesgo, e incluso a cuerdo sobre los productos, en aquellos momentos más preocupantes, por su importante presencia en el mercado.

El tema no es ni mucho menos baladí o de alcance teórico, pues aún hoy, en la fecha de elaboración de esta tesis, existen pleitos pendientes por esta razón, sin que haya existido aún pronunciamiento judicial al respecto, lo que impide conocer al menos en primera instancia el criterio jurisprudencial, aplicable a este supuesto.

Lo cierto es que, como ya es casi obligado en esta materia, cada una de las partes mantenía y mantienen un criterio diferente, a este respecto. Veamos pues las diferentes posturas y su valoración jurídica.

Por un lado, los deudores consideraban que el acuerdo tenía un ámbito objetivo claro, y por tanto no cabía interpretación extensiva o analógica alguna, sólo los soportes y equipos enumerados en el mismo debían pagar los importes indicados. El resto de equipos al no estar previstos en la ley, y ser difícilmente encuadrables en la misma, no estaban sujetos a remuneración alguna. Es decir, mantenían para el resto de los equipos no contemplados en el acuerdo, el mismo criterio que en su día, habían mantenido para los en este momento incluidos, es decir, ante la imposibilidad de aplicar la ley no existe obligación alguna de pago.

Por su parte los acreedores, consideraban que la ley estaba vigente para todo equipo o soporte con capacidad de copia, o en términos más ortodoxos, “idóneos”

para copiar. De hecho en la información que facilitaban a los deudores, y en la información publicada en las páginas web de las entidades, se recogía el catálogo de producto y sus tarifas, fruto de una conversión de las cantidades de la Ley, efectuadas unilateralmente por las entidades de gestión, y con arreglo a criterios puramente económicos.

Como decimos, no ha habido todavía ningún pronunciamiento judicial al respecto, y lo cierto es que nos es difícil dar un criterio interpretativo diferente de lo ya aportado en otros apartados, cuando nos referíamos al inicio de las negociaciones. En primer lugar, no deja de ser cierto que, los equipos en cuestión, cuya presencia en el mercado, por otra parte, era ciertamente escasa, eran difícilmente encuadrables en la ley. No obstante no es menos cierto, que podían ser idóneos para copiar, con tecnología digital, muy al contrario esa idoneidad era más clara y manifiesta.

Podría interpretarse que el carácter liberatorio que las Entidades daban al acuerdo podían extenderse a otros productos. Nada más lejos de la realidad. Las entidades en ningún momento aceptaron ese carácter condonatorio. Podríamos decir que aquí había una amnistía, si bien esa amnistía sólo alcanzaba al ámbito del acuerdo, y sinceramente no encontramos argumento jurídico suficiente, que nos permita, basándonos en el acuerdo, poder extender ese efecto condonatorio, a otros productos.

Lo cierto es que durante el proceso de negociación, debemos reconocer que, aunque la cuestión se planteó en algún momento, las entidades sin renunciar a su derecho nunca plantearon una exigencia al respecto, y los deudores por miedo a perder lo ya logrado respecto a los soportes y equipos con más presencia en el mercado, tampoco insistieron, en tratar de conseguir el adecuado reconocimiento.

Con la perspectiva temporal, del tiempo transcurrido, podemos decir que las entidades de gestión sólo han iniciado este tipo de procedimientos, contra aquellos que no han cumplido los términos del acuerdo, habiendo hecho dejación de las

acciones correspondientes, frente aquellos que “ han cumplido fiel y escrupulosamente la totalidad de las obligaciones”. Se trata, podríamos decir, de una “a mnistía tácita”, que no da ninguna seguridad jurídica al deudor, y que pesa como una auténtica “espada de Damocles”, sobre aquellos deudores que o bien desde el principio, o de una manera sobrevenida, se atreven a tener un comportamiento díscolo, sobre las obligaciones del acuerdo. Y en efecto así se usó por las Entidades, como una garantía de cumplimiento, más que como una reivindicación concreta.

En este sentido y a mayor abundamiento, baste ver el párrafo segundo de la estipulación cuarta cuando dice: “La falta de las obligaciones descritas....traerá aparejada inexcusablemente la exclusión automática del presente acuerdo, con el consiguiente abono a los acreedores, no sólo de las cantidades impagadas generadas por la citada elusión sino de aquellas que hubieran resultado de aplicación de no haber suscrito este acuerdo.” Sinceramente creemos que, la claridad de los términos de esta cláusula, no deja duda respecto a la interpretación, que hemos argumentado en los párrafos anteriores, por lo que no procede extenderse más al respecto.

Otro aspecto relevante del Acuerdo es la estipulación cuarta, cuando dice: *“ENTIDAD DEUDORA se compromete a cumplir con las obligaciones contenidas en el presente acuerdo de los términos establecidos en el vigente artículo del 25 del Texto Refundido de la Ley de la Propiedad Intelectual. En especial, y por lo que respecta a las obligaciones relativas a la presentación y pago de las autoliquidaciones a practicar contenidas en los apartados 11 a 18 del citado artículo, se compromete a distinguir, por lo que a los soportes y materiales polivalentes se refiere, la parte o componente de la modalidad audio de la relativa a la modalidad de video.”*

De nuevo, la necesidad de adaptar la norma a la realidad digital, obliga a una estipulación de esta naturaleza. La existencia de los llamados “soportes polivalentes”, que simultáneamente graban audio y/o video, y que no existían en el mundo analógico, obliga a exigir al deudor una declaración específica al respecto. No olvidemos que las Entidades de Gestión, tienen un ámbito de actuación, o mejor dicho,

están facultadas para gestionar determinados derechos protegidos, y a la hora de repartir la recaudación, deben recibir exclusivamente lo generado por los productos y soportes, de su respectivo ámbito de actuación.

La existencia de soportes polivalentes provocaba un problema de reparto, que se solventaba, lógicamente, por las Entidades de Gestión entre ellas, sin que el deudor interviniera para nada; no obstante y aunque los criterios de reparto quedaron claros, de nada servirían si el deudor, no identificaba los soportes en cuestión. De ahí la necesidad de establecer una obligación específica en el estipulado del acuerdo.

Un aspecto sin duda fundamental, en el estipulado del Acuerdo, es el correspondiente a la estipulación quinta, pues se refiere a una cuestión que había generado no pocos conflictos, y que ha sido tratada con todo detalle en otro capítulo. Por tanto nos limitaremos a dejar constancia, de la solución que se dio a la materia en cuestión.

En efecto como vimos en su momento, el llamado derecho de verificación, contemplado en el apartado 22 del artículo 25 del Texto Refundido había suscitado no pocos problemas interpretativos. Por tanto se consideró oportuno por las partes, tratar de llegar a un acuerdo en esta materia, que fijara criterios, lo que sin duda contribuiría por un lado a una mayor comodidad para el deudor, que tendría certeza de los documentos que tenía que aportar en la verificación, sin depender del, a veces, capricho de la entidad encargada de la revisión. Y por otro lado el acreedor, que se liberaba de los no pocos problemas que, a veces, la actitud poco colaboradora del deudor le provocaba.

Por tanto, y aunque no era objeto principal del acuerdo se abordó esta materia en la negociación, que tenemos que reconocer que fue bastante ardua, en esta área específica, y que como resultado final dio lugar, a la estipulación quinta que establece lo siguiente: “ *Sin perjuicio de lo pactado en el acuerdo CUARTO anterior, las partes acuerdan y determinan que para el buen fin de las facultades de comprobación*

reconocidas a ENTIDADES DE GESTIÓN en la normativa vigente, ENTIDAD DEUDORA pondrá a su disposición, al menos, la siguiente documentación:

- a) *Libro Oficial de inventarios y cuentas anuales.*
- b) *Balance de sumas y saldos al cierre de cada ejercicio sujeto a revisión.*
- c) *Detalle valorado de la totalidad de las existencias al inicio y al final de cada uno de los periodos sujetos a inspección.*
- d) *La totalidad de las facturas de importaciones y adquisiciones intracomunitarias con el fin de obtener los artículos sujetos, mayor de las cuentas de compras y, en su defecto, libro de IVA de facturas recibidas.*
- e) *Declaraciones de IVA (mensuales o trimestrales y el resumen anual), declaraciones de INTRASTAT y modelo 349 (declaración recapitulativa de operaciones intracomunitarias) para los ejercicios sujetos a revisión.*
- f) *La totalidad de las facturas de venta, el mayor de la cuenta de ventas o, en su defecto, libro de IVA de facturas emitidas.*
- g) *La totalidad de las facturas de compra de aquellos proveedores nacionales previamente seleccionados a partir de los balances de la Sociedad.”*

De nuevo, una clara muestra del tálante negociador que mantuvieron ambas partes durante el proceso. Sin duda alguna era esta, una de las materias que más conflictos había generado en el “día a día” de la aplicación normativa, tanto por la ausencia de criterio legal, como por la postura discrepante de las partes. Sin embargo ambas partes supieron renunciar al total de sus reivindicaciones, y lograr ese “punto intermedio”, tan difícil de conseguir en toda negociación. El reflejo del famoso “in

medio virtus”, ciceroniano, tiene su clara expresión en este apartado. Basta ya comparar uno de los escritos habituales, que las Entidades de Gestión enviaban planteando la verificación y exigiendo documentación, con la documentación que los deudores estaban dispuestos a entregar, para comprender que ambas partes renunciaron a parte de sus exigencias, para llegar a un punto, en el que “sensatamente” se exigiera “lo mínimo”, para lograr el fin perseguido, que no era ni más ni menos que efectuar un cálculo correcto de la cantidad a pagar. Sin duda alguna, podemos afirmar, con la perspectiva temporal adecuada, que la experiencia a este respecto no ha podido ser más positiva, y la ausencia de conflictos ha sido la pauta general.

Contiene el Acuerdo otras estipulaciones, que no son más que el reflejo de lo comentado hasta ahora en los respectivos preámbulos, y en las estipulaciones del acuerdo marco- tarifa, actualización anual, vigencia, etc.-, por lo que no procede hacer más consideraciones al respecto.

Antes de pasar a un aspecto tan relevante, como son las consecuencias de la aplicación práctica de este acuerdo, creo que debemos realizar una, al menos somera, valoración jurídica de este instrumento jurídico. Y decimos somera porque en realidad, poco hay que aportar en cuanto a análisis de la naturaleza jurídica de este acuerdo, pues a nuestro juicio, coincide claramente con la naturaleza del Acuerdo marco entre ASIMELEC y las Entidades de Gestión, al participar del carácter transaccional tanto del pasado contencioso, como del futuro incierto. Al mismo tiempo también participa el acuerdo de ese aspecto, de garante de la seguridad jurídica, y de los problemas derivados del hecho de encontrarse en el límite del principio de legalidad, por lo que damos aquí por reproducidos los comentarios anteriores, sobre el Acuerdo marco.

6.3 CONSECUENCIAS DEL ACUERDO: VERIFICACIÓN JUDICIAL, AUSENCIA DE PROCESOS, CUMPLIMIENTO DE LA LEY.

Varias fueron las consecuencias inmediatas del acuerdo. En general podemos afirmar rotundamente, que el Acuerdo tuvo más consecuencias positivas que negativas.

Es indudable que supuso una paz jurídica, tanto para los procesos en curso, como en evitación de conflictos futuros. En efecto, un acuerdo que a los dos meses de su firma, contaba con más de ciento treinta empresas adheridas, sólo puede calificarse de éxito, pues no es menos cierto, que de no haberse logrado, las Entidades de gestión tenían preparadas toda una batería de demandas judiciales, para ser presentadas ante la jurisdicción correspondiente.

Es de reconocer que tanto deudores como acreedores, a partir del 1 de septiembre de 2003, se lanzaron la ardua tarea de difundir el acuerdo, en el ánimo de incorporar el mayor número posible de empresas firmantes. ¿Cuál era la razón para que ambas partes tuvieran ese interés común? Por un lado tanto acreedores como deudores, tenían un especial interés en evitar que en algún momento el acuerdo pudiera ser considerado colusorio por su exclusividad. De ahí que, no sólo en las estipulaciones del mismo, se incluyera referencias claras a que podía ser suscrito por cualquier empresa deudora, fuera o no asociado de ASIMELEC, sino que incluso se incluían obligaciones de difusión y promoción del Acuerdo y sus ventajas.

Por otro lado, los acreedores deseaban regularizar la situación de cuantas más empresas mejor, pues esto tenía un efecto inmediato y directo en el nivel de facturación y consecuente recaudación. Recordemos que, hasta este momento, las Entidades de Gestión habían contado con un éxito judicial importante, al obtener unos fallos en sentencias totalmente favorables a sus intereses, lo que no suponía un efecto directo e inmediato de aumento en su recaudación. Se trataban de sentencias pendientes de ser firmes y de ser ejecutadas, y que afectaba a un número reducido de empresas. La firma del acuerdo suponía contar ya con una primera declaración el 1 de octubre de ese año 2003, con al menos un mes de liquidación (septiembre), por las

ventas realizadas durante el mismo, y lo que es más importante, garantizar la mecánica habitual de declaración y pago, en los términos previstos en la ley de una forma simple, pacífica y sencilla.

Por su parte los deudores, con independencia de las razones de competencia antes indicadas, tenían un interés coincidente con las entidades de gestión, en conseguir el mayor número de incorporaciones al acuerdo, pues ello suponía contribuir a evitar una de las consecuencias negativas del mismo, como era el fraude en el pago, con las consecuencias para el mercado que hemos comentado en su momento. En efecto, cuanto mayor número de empresas firmaran el acuerdo, mayor número de empresas competirían en las mismas condiciones de mercado, y no de manera fraudulenta, evitando el pago de unas cantidades correspondientes al canon, con una repercusión evidente en el precio. De ahí que los servicios técnicos de ASIMELEC se esmerasen en todo momento, de atender cualquier duda o consulta, incluso de empresas no asociadas, no sólo en cumplimiento de las cláusulas contractuales, sino por considerar que así se hacía el mejor servicio a sus asociados, contribuyendo a evitar el fraude y fomentar la libre competencia.

Y así fue reconocido por el Tribunal de Defensa de la Competencia, quien en la Propuesta de Sobreseimiento del expediente ya referenciado, indicaba que:

“Dicha presunción de inocencia se apoyaría, además, en tres elementos adicionales:

- *Que la firmante de dicho acuerdo, ASIMELEC, reconoce que las negociaciones han tenido lugar y se muestra satisfecha con el resultado de dichas negociaciones y por tanto, con el contenido del Acuerdo.*
- *Que las empresas del sector, miembros o no de ASIMELEC, han sido libres de adherirse o no al Acuerdo, en el entendido de que la no adhesión no exime a los fabricantes e importadores de materiales y*

soportes digitales de la obligación legal de compensar a las entidades de gestión por la compra privada (dicha compensación les sería reclamada, judicialmente en último término, por las entidades de gestión legitimadas para ello)

- *Que el pacto sobre importes es más favorable para los deudores que lo dispuesto en el TRLPI, de modo que dichos deudores se benefician, como consecuencia del Acuerdo, de una reducción efectiva de las tarifas, al tiempo que las entidades de gestión garantizan su recaudación.”*

Es decir el propio Tribunal reconoce las ventajas para los deudores, pero al mismo tiempo reconoce la libertad que han tenido de adherirse o no al acuerdo.

Por tanto, una primera consecuencia obvia, es que el sistema recaudatorio establecido en la Ley de Propiedad Intelectual, a través de sus sucesivas reformas que culminan en el Texto Refundido del año 1996, a través de declaraciones trimestrales y su correspondiente pago, comienza a funcionar de manera habitual para productos y soportes digitales. Esto produce una paz judicial, que provoca la ausencia de demandas judiciales, por parte de las Entidades de gestión para aquellas empresas que suscriben el acuerdo y cumplen con los términos del mismo.

Asimismo se produce un desistimiento judicial en los procesos judiciales iniciados, o, en fase de ejecución de sentencia, también para aquellas empresas que se acogen a este sistema.

En definitiva, se produce entre la comunidad de deudores un clima de seguridad jurídica, tanto en el sentido de tener certeza en cuanto al alcance de sus obligaciones económicas y formales, como en cuanto a la certeza de ausencia de conflictividad judicial, lo que permitió en ciertos casos, incluso desbloquear las provisiones contables que, algunos auditores de empresas, habían obligado a realizar

ante una posible contingencia contenciosa-judicial.

En cuanto a los acreedores se produce también la sensación de seguridad jurídica, que le permitía recuperar el hábito de funcionamiento de un sistema legal, para determinados productos, en principio no previstos en la ley, contribuyendo a obtener la certeza recaudatoria esperada en cantidad y en plazo temporal, sin que para ello tuviera que acudir a los Tribunales de Justicia.

Por lo tanto, y a la vista de estos beneficios para todos los agentes involucrados, la valoración del Acuerdo no puede ser más positiva. Incluso para la Administración, que veía de esta forma resuelto un problema, sin tener que intervenir de una u otra manera.

Pero a la vista de lo anterior, ¿podemos afirmar que todos los afectados estaban satisfechos? La mentablemente no y a pesar de las ventajas indicadas, y a pesar incluso de la rebaja del canon para el consumidor que debe pagarlo, en relación con las cantidades que hubieran procedido aplicar en base a la ley, los consumidores manifestaron una reacción absolutamente contraria a este acuerdo por entender, que se trataba de una nueva imposición, que fue rechazada de plano, como veremos en el apartado siguiente. Quizás se produjeron claros fallos de comunicación y explicación a los usuarios, pero no es menos cierto que también hubo ciertos agentes oportunistas, muy interesados en confundir a la opinión pública.

Como vemos, por tanto, no todo fue tan idílico y positivo, sino que hubo también valoraciones y consecuencias negativas del Acuerdo. Entre ellas, destaca por su importancia y consecuencias para el mercado, el incremento tan enorme del fraude, que se produjo a raíz del acuerdo. Ya sabemos que el fraude no era un tema nuevo, y era previsible que tal fenómeno que, ciertamente con las sucesivas reformas legislativas, y las medidas de control que se habían adoptado, estaba más paliado, se produjera. Lo cierto es que nadie pudo prever, que tuviera tal volumen y que tuviera las consecuencias tan graves que produjo, y que motivó en algunos casos, el cierre de

compañías distribuidoras de productos y soportes digitales.

Cabe plantearnos ¿Cuáles fueron las causas que provocaron que el Acuerdo tuviera una incidencia tan negativa en el fraude? Máxime cuando era un fenómeno ya conocido, y por tanto previsible.

Son varias a mi juicio las razones que influyeron en este incremento del fraude: en primer lugar, hay que indicar que hubo algunas conductas, al inicio de la aplicación del acuerdo, por parte de algunos deudores, que ciertamente pudieran ser calificadas como de oportunistas y carente de ética. Me estoy refiriendo a aquellos deudores que conocían los detalles del acuerdo, y claramente realizaron una tarea de acopio de material durante el mes de agosto del año 2003, que en principio se había considerado como un mes prácticamente inhábil por el periodo vacacional, y de adaptación de estructuras y procedimientos de facturación. Sin embargo algunos deudores aprovechándose deslealmente de la información que habían obtenido, bien de manera legal, bien de manera ilícita, concentraron todas sus ventas previstas para el resto del año, en ese mes de agosto, incluso, en algunos casos, falsificando los albaranes de entrega, lo que nos hace entrar en el terreno de la clara ilicitud penal.

La primera consecuencia de esta actitud, con independencia de la airada, y por otro lado comprensible reacción de las entidades de gestión, que se sintieron engañadas y defraudadas en la buena fe, que hasta la fecha había presidido la relación con los deudores, fue, la saturación del mercado de soportes y otros productos por unas marcas, en relación con otras que se correspondían a empresas, que no habían tenido el acceso a una determinada información. En definitiva hubo empresas que realizaron en el mes de agosto, una cifra de negocios superior al resto del año en su conjunto.

Por consiguiente una primera razón del incremento del fraude, hay que achacarla a los propios deudores, o a parte de ellos que haciendo uso de una información privilegiada, tomaron ventaja en el mercado en claro fraude a las

entidades de gestión y a sus competidores más directos. No hay que olvidar, que todo ese material que se vendió, y supuestamente se entregó durante ese mes, al no llevar repercutido el canon, competía con clara ventaja en precio respecto a aquel soporte o producto que el uno de septiembre ya llevada incorporado en el precio dicho canon. La consecuencia fue que, por un lado que las entidades no recaudaban, y por otro que algunos deudores se quedaron, al menos temporalmente, fuera del mercado.

Lo cierto es que si esta hubiera sido la única razón, no hubiera existido el gran problema que comentábamos, pues hubiera tenido una duración limitada en el tiempo, correspondiente al plazo que el mercado hubiera tardado en dar salida, a ese producto comercializado de manera fraudulenta, sin canon. Sin embargo el fenómeno lamentablemente permaneció en el tiempo durante largo plazo, por otras razones ajenas a la hasta ahora contemplada.

Entre otra de las razones favorecedoras del fraude, podemos indicar claramente, el porcentaje que el canon suponía en relación al precio final del soporte y producto. Hay que tener en cuenta, que cuando se inicia la conflictividad judicial que provoca la negociación, los productos contemplados en la misma, tenían una penetración baja en el mercado, lo que se traduce claramente por un precio normalmente elevado. Las reglas del mercado imponen que conforme el producto va penetrando en el mercado, se dice que el “producto madura”, y la presencia de grandes volúmenes del mismo provoca que los precios bajen. Y en efecto así fue. La firma del acuerdo coincidió casi en el tiempo con una masiva profusión y venta de los productos y soportes afectados con un claro descenso de los precios, que fueron referencia durante la negociación.

La consecuencia fue clara. El canon llegó a representar un elevado porcentaje del precio final de los mismos. En algún caso este porcentaje superaba el 60 % del precio final de los mismos. En el siguiente cuadro, elaborado en su día por ASIMELEC, podemos ver una tabla comparativa entre precios y canon y el porcentaje respecto al precio en sus diversas categorías:

Peso del Canon en CD'S

CD-R en tarrina de 25 unidades:

PV DISTRIBUCIÓN CON CANON	3,75 €
- CANON	5,25 €
- IVA 16%	1,44 €
COSTE TOTAL	10,44 €
DISTRIBUIDOR	
PESO DE CANON	58%

* Fuente: Deloitte⁷⁰

Peso del Canon en DVD'S

DVD R en tarrina de 10 unidades:

PV DISTRIBUCIÓN CON CANON	3,50 €
- CANON	6,00 €
- IVA 16%	1,52 €
COSTE TOTAL DISTRIBUIDOR	11,02 €
PESO DE CANON	63%

* Fuente: Deloitte

Por tanto es a muy rentable vender sin canon. Hay que tener en cuenta que hablamos en el caso de los soportes de un producto de masivo consumo, en el que es

⁷⁰ Informe Deloitte elaborado para ASIMELEC en el año 2004.

difícil introducir elementos diferenciadores, como ocurre en otros productos, en torno a la calidad, servicio técnico, presentación del producto, et c.... Por tanto proliferaron empresas, que podríamos llamar fantasmas, que se creaban con el fin específico de comercializar los productos y soportes a un precio muy inferior al normal del mercado, pues al fraude en el canon, solían acompañar el fraude en el IVA, lo que sin duda contribuía al que precio final, fuera aún más competitivo.

¿Cómo luchar contra esa situación? Pues la respuesta no es sencilla. No olvidemos que, dada la estructura jurídica de la relación obligacional que supone, la remuneración compensatoria por copia privada, el acreedor y por tanto titular de los derechos, es el único que puede, instar la actuación judicial, es decir, sólo las entidades de gestión. Por tanto los deudores en principio poco, o mejor dicho, ningún margen de maniobra tenían, para reclamar judicialmente por vía civil obligacional cantidad alguna. La consecuencia es que al menos en este aspecto, la dependencia de los deudores de las Entidades de Gestión, en la diligencia en la persecución del fraude era absoluta.

Se analizó la posibilidad de una acción judicial de competencia desleal, en el ámbito de la antigua ley 11/ de 1991 de 11 de noviembre de Competencia Desleal, vigente en aquel momento, en cuyo artículo 2º describe las conductas que pueden constituir diversos ilícitos civiles.

Claramente entendíamos y entendemos que las conductas antes descritas infringen claramente la Ley Propiedad Intelectual, y en algunos casos constituyen ilícitos penales. En el caso de incurrir en el fraude de impago de IVA, es indudable la existencia de un incumplimiento legal, en este caso de la ley tributaria, que de manifiesto establece su propio régimen sancionador, que se vería incrementado en este caso, al producir una ventaja en el mercado por ese incumplimiento legal, por las consecuencias de la acción legal del competidor y de su reclamación de daños y perjuicios.

Cabría plantearse si en el caso de no pago del canon, cabría hablar de incumplimiento de ley o norma, y por tanto si sería aplicable esta doctrina, tan claramente aplicable en el caso de fraude tributario antes indicado, pues en definitiva nos basamos en las tarifas de un acuerdo entre las partes. A nuestro juicio la cuestión es muy clara, muy a pesar que como veremos más adelante, se trató de disfrazar de otra forma. La obligación de pago del canon no deriva del acuerdo suscrito entre ASIMELEC-como entidad coordinadora-, los deudores y las entidades de gestión. La obligación de pago deriva de la propia Ley de Propiedad Intelectual, en su redacción de 1996 a través del reiterado Texto Refundido. El acuerdo no deja de ser, un esfuerzo de adaptación e interpretación de la ley en el contexto temporal y de realidad de mercado, en el que debe ser aplicada, pero nada más y nada menos. Por muy importante que haya sido su contenido- de hecho ha inspirado la redacción del actual marco normativo-, por muy benéficos y pacificadores que hayan sido sus efectos, hay algo que debe quedar bien claro, y es que el origen de la obligación de pago reside en la ley. Y no podía ser de otra forma, pues es evidente que sería totalmente antijurídico y por qué no decirlo, anti natura, que dos partes (acreedores y deudores) se pusieran de acuerdo, para que una tercera(consumidores) que no participan en el acuerdo, asumieran determinadas obligaciones económicas o formales. La base es la ley, como no podría ser de otra forma.

Parece mentira por tanto, que determinados colectivos, como veremos en el epígrafe siguiente, invocaran la falta de base legal y arremetieran, sin justificación alguna contra el acuerdo, calificándolo de ilegal e injusto, por hacer algo que evidentemente nunca hizo, no fue su objetivo, como era “crear el canon”. El canon ya lo había creado la ley. Esto que, si duda es disculpable en el consumidor poco informado, y menos formado en los saberes jurídicos, no tiene justificación alguna en algún profesional del Derecho, que enarboló banderas reivindicativas y trató de liderar movimientos que bien sabía, o peor aún, debería saber, carecían de fundamento jurídico alguno. Pero a veces el afán de protagonismo, y cierta popularidad en medios de comunicación, más o menos efímera, puede más que el rigor en el actuar jurídico profesional, y en la aplicación de los principios de deontología profesional, que tan

palmariamente ignoran, algunos profesionales del Derecho.

Lamentablemente, para otros que hacemos del ejercicio jurídico una auténtica vocación de vida ética, y acorde con los principios, reguladores que todos juramos respetar al inicio de nuestro ejercicio profesional, siguen existiendo colegas de profesión que enarbolan la bandera del oportunismo. Sin duda alguna, oportunistas hay en todas las profesiones, pero esta es una materia que veremos en el apartado siguiente, con el detalle que se merece.

Por consiguiente, y a los efectos que nos ocupa, cabría el ejercicio de la acción judicial por competencia desleal, por encontrarnos ante un claro y flagrante incumplimiento de norma. La cuestión es si dado, que estaba claro, al menos para los deudores, la posible viabilidad de una acción judicial, y, dado por otra parte los efectos absolutamente negativos que para el mercado se produjeron, que incluso provocó la propia viabilidad de algunas empresas, ¿cómo no se inundaron los tribunales de demandas judiciales, amparadas en las normas protectoras de la leal competencia en el mercado, prevista en la ley / de 11 de noviembre de 1991?

La respuesta a esta importante pregunta, no hay que encontrarla en el ámbito jurídico, sino en el ámbito de la viabilidad práctica de la acción judicial. La efímera vida de la empresa que practicaba el fraude, a veces constituida para operaciones puntuales, y posteriormente abandonadas a su suerte, sin liquidación legal alguna, y figurando gestores desconocidos o desaparecidos, en lo que se configura en un claro fraude, bien pensado y planeado, sin duda era un fuerte desincentivo a la ejercitación de una acción, en cuya viabilidad jurídica se confiaba, pero cuya eficacia práctica se descartaba.

Por otra parte esas mismas dificultades eran con las que se encontraban las entidades de gestión, a la hora de ejercitar las acciones judiciales correspondientes. Era y es difícil luchar contra conductas, que en algunos casos alcanzaban la naturaleza de delincuencia organizada, cuyas conductas iban más allá del puro ilícito

civil sino que alcanzan la naturaleza de delito penal, en lo que era un fraude estructurado y planificado.

Llegó incluso a buscarse fórmulas legales que permitieran la realización del fraude, sin que se pudiera hablar de incumplimiento de ley, al menos en el ámbito tributario, pues el no pago de las tarifas del acuerdo, algunos trataban de defender que no suponían incumplimiento de ley. Existieron diversas fórmulas, algunas de ellas pasaban por la creación de centros distribuidores en Portugal, que vendían a clientes directos en España. Pero quizás la más imaginativa fue la de establecer un precio simbólico, reducidísimo y absolutamente alejado de la realidad del mercado, aplicándole el IVA correspondiente (evitando de esta forma el ilícito administrativo-tributario), y el canon, produciendo por tanto un precio final muy reducido. Esta venta estaba realizada por una empresa fantasma, normalmente fuera de España que por supuesto nunca ingresaba el canon, siendo este importe parte de su beneficio. Este juego al que se prestó alguna gran superficie, con las graves consecuencias, incluso policiales y penales, que luego derivó para alguno de sus directivos, fue ampliamente utilizada por sus ventajas y rentabilidad a corto plazo.

En efecto, el distribuidor final podía alegar su cumplimiento estricto de la ley, pues pagaba el canon y el IVA. Lo único llamativo era el bajo precio del producto, que a veces era meramente simbólico, pero que siempre podía fundamentarse en la habilidad negociadora, o en la facilidad para encontrar liquidación de stocks u otras ofertas similares.

Tan sólo nos hemos limitado a citar esta conducta, quizás por haber sido la más frecuente, así como para destacar el grado de sofisticación en la ejecución del fraude, y si ello fue así era porque era muy rentable. Insistimos en los grandes volúmenes de producto que se estaban comercializando, unido a la enorme diferencia del mercado que sumado el canon y el IVA podía alcanzar el 60 % del precio del producto. Un ingreso de esta naturaleza libre de tributos, sin duda era un aliciente demasiado tentador para determinadas empresas sin escrúpulos.

A título de ejemplo aportamos un cuadro, elaborado por ASIMELEC, en el que se refleja el resumen de resultados de un estudio, en el que se analizaron las estructuras de costos de los productos para tratar de fijar lo que sería aproximadamente “un precio normal del mercado”. Este estudio fue utilizado en sede judicial por las entidades de gestión, para defender la existencia del fraude a pesar de que se pagara el canon y el IVA.

Distribución de los costes en la fabricación de un DVD

Desglose de costes		€/disc
Matrices		
Coste por Matriz	750,00 €	
50.000 discos por matriz		
Coste por Disco		0,0150
Policarbonato		
Coste por kg Policarbonato	3,15 €	
15,5 g por disco		
Coste por disco		0,0500
Recubrimiento (asumiendo reciclado)		
Concentración del recubrimiento	20 g/L	
Volumen dispensado	0,2 mL/disco	
Total coste por Disco		0,0260
Capa de plata		
Coste por Disco		0,0044
Bonder		
Coste por Disco		0,0195
Materiales indirectos		
Coste por Disco		0,0100
Coste material por un CD-R		0,1249
Con un rendimiento de 85 % :		0,1469
Royalty 0,045 US\$		0,0346
COSTE TOTAL POR DISCO		0,1815 €

Fuente: ASIMELEC

Canon para DVD DATA

		Capacidad	2003	2004
Materiales o soportes polivalentes	DVD-R/RW DATA 4,7GB	4,7GB	0,60 €	0,60 €
	DVD-R/RW DATA 3,95 GB	3,95 GB	0,50 €	0,50 €
	DVD+R/RW DATA 4,7 GB	4,7GB	0,60 €	0,60 €
	DVD-RAM R/RW DATA 2,6GB	2,6GB	0,33 €	0,33 €
	DVD-RAM R/RW DATA 4,7GB	4,7GB	0,60 €	0,60 €
	DVD-RAM R/RW DATA 5,2GB	5,2GB	0,66 €	0,66 €
	DVD-RAM R/RW DATA 9,4 GB	9,4GB	1,20 €	1,20 €

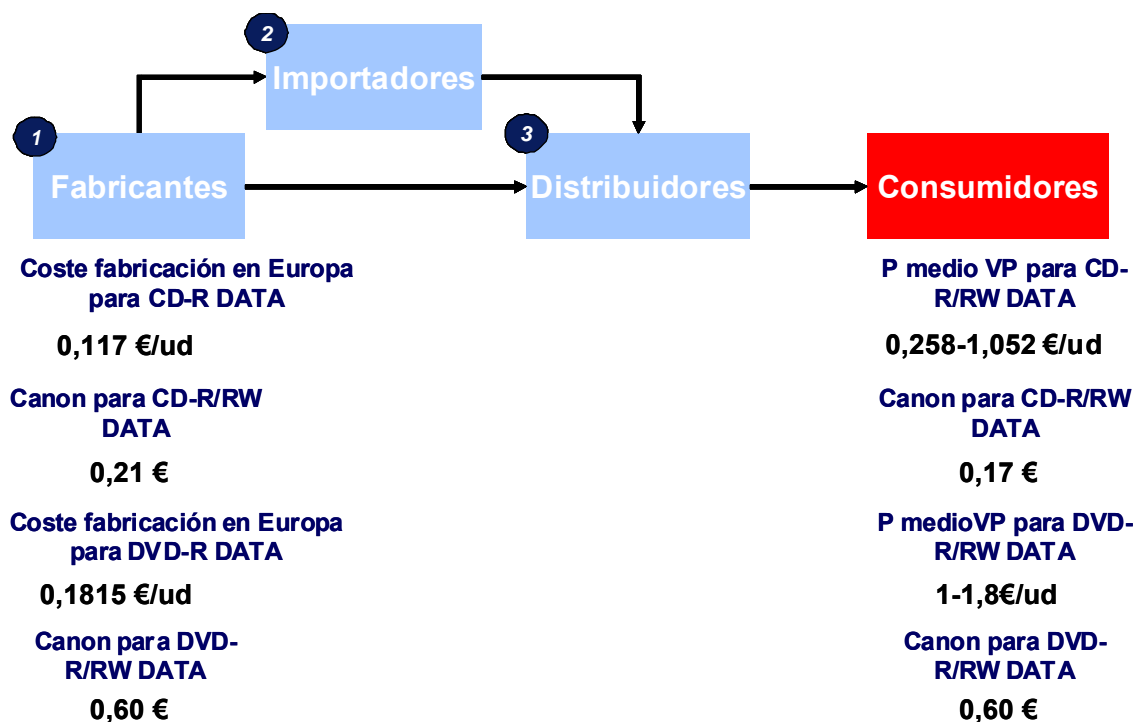
Fuente: EGEDA

Distribución de los costes en la fabricación de un CD

Desglose de costes	€/disc
Matrices	
Coste por Matriz 280,00 € 250.000 discos por matriz	
Coste por Disco	0,0011
Policarbonato	
Coste por kg Policarbonato 3,05 € 15,5 g por disco	
Coste por disco	0,0473
Recubrimiento (asumiendo reciclado)	
Concentración del recubrimiento 30 g/L Volumen dispensado 0,085 mL	
Total coste por Disco	0,0165
Capa de plata	
Coste por Disco	0,0030
UV-Lacquer	
Coste por kg lacquer 13,00 € 0,15 g por disco	
Coste por Disco	0,0020
Coste material por un CD-R	0,0698
Con un rendimiento de 85 % :	0,0822
Royalty 0,045 US\$	0,0346
COSTE TOTAL POR DISCO	0,1168 €

Canon para CD-R/RW DATA

		Capacidad	2003	2004	2005
Materiales o soportes polivalentes	CD-R/RW DATA 200MB	200 MB	0,05 €	0,05 €	0,06 €
	CD-R/RW DATA 650MB	650 MB	0,16 €	0,16 €	0,20 €
	CD-R/RW DATA 680MB	680MB	0,17 €	0,17 €	0,21 €
	CD-R/RW DATA 700MB	700MB	0,17 €	0,17 €	0,21 €
	CD-R/RW DATA 730MB	730MB	0,18 €	0,18 €	0,22 €
	CD-R/RW DATA 800MB	800MB	0,20 €	0,20 €	0,25 €
	CD-R/RW DATA 850MB	850MB	0,21 €	0,21 €	0,26 €
	CD-R/RW DATA 875MB	875MB	0,22 €	0,22 €	0,27 €
	CD-R/RW DATA 900MB	900MB	0,22 €	0,22 €	0,28 €
	CD-R/RW DATA 1300MB	1300MB	0,32 €	0,32 €	



Por consiguiente y en conclusión, y a pesar que el deudor ingenuamente creía que sus problemas habían acabado, se encontró con un fraude galopante, contra el que difícilmente podía luchar por carecer de acciones judiciales, y la que le quedaba tenía escasa viabilidad práctica. Y por otro lado, cualquier otra acción necesariamente tenía que ser realizada por las entidades de gestión que, a pesar de sus esfuerzos se vieron desbordadas, por la cantidad de denuncias de fraude con que se encontraron. También cundió entre los deudores, el convencimiento que por parte de las entidades de gestión, se había incurrido en cierta relajación y por tanto dejación de sus obligaciones de recaudación, dado que habían resuelto la parte principal del problema, y la mayoría de las empresas de reconocida solvencia en el mercado cumplía con sus obligaciones. Esto que, a mi juicio, era sinceramente muy cierto en relación con ciertas entidades, no era lo justo con otras, cuyos esfuerzos eran claros al respecto, aunque a la vista de los plazos de tramitación judicial, frecuentes en nuestra justicia, el resultado llegó, cuando el problema había superado la frontera de lo razonable.

A la vista de este panorama ¿ Cuáles podían ser las soluciones a esta situación? Básicamente se barajaron tres posibles soluciones: la primera fue instar a las entidades de gestión, para que pusieran más medios y recursos al servicio de la persecución del fraude, en aras de conseguir una mayor eficacia.

En este sentido, y a pesar que el Comité previsto a tal efecto en el Acuerdo, se esforzó de manera importante, y por parte de ASIMELEC se creó incluso una oficina de denuncias, con constante investigación de mercado, de nuevo la dificultad para encontrar pruebas con eficacia judicial, la picaresca de los defraudadores, unido todo ello a la ancestral lentitud judicial, motivó que todos estos esfuerzos no tuvieran el resultado que hubiera sido deseable.

Una segunda solución que se barajó, obviamente, era apelar a la colaboración de la Administración. A tal efecto, la ayuda podía venir derivada de dictar alguna norma que permitiera una labor preventiva, lo que sin duda ayudaría en relación con los plazos de tramitación judicial. Fueron diversos los intentos para que la Administración dictara alguna norma, que permitiera la aplicación de medidas procesales cautelares específicas, lo que sin duda permitiría ejemplificar, a los que tuvieran la tentación de defraudar por el atractivo de un negocio rápido, constituyéndose en una medida disuasoria.

Una vez más, y como viene sucediendo una constante en esta materia, las autoridades administrativas competentes miraron para otro lado, ignorando un problema, que además consideraban resuelto con el Acuerdo. Tan sólo la Administración Tributaria, por la conexión del fraude del canon con el fraude del IVA y otras figuras tributarias, se tomó un cierto interés, no tanto en materias normativas sino en la persecución efectiva de ese fraude, con actuaciones concretas de clara eficacia sancionadora y disuasoria.

Finalmente una tercera solución era la posibilidad de, a pesar de no haber transcurrido ni siquiera un año desde la firma del Acuerdo, revisar a la baja las tarifas.

Evidentemente esta era una solución solamente contemplada por los deudores, contando con un rechazo rotundo por parte de las entidades de gestión. Sin embargo estábamos y estamos convencidos, que hubiera sido una solución al problema, que además hubiera tenido efectos positivos para los intereses de los acreedores, o mejor dicho para su interés principal, que no era ni más ni menos que incrementar la recaudación.

En efecto una rebaja del canon, hubiera reducido el porcentaje que el mismo suponía respecto al precio. Recordemos que el beneficio del fraude, se basaba en que al vender sin pagar canon, y a veces tampoco el IVA, se establecía un diferencial sobre el precio, que hacía crecer exponencialmente las ventas, y por tanto el beneficio, en relación con aquellos que lo incluían. Una reducción del canon, suponía una reducción de este diferencial y por tanto un desincentivo a suprimirlo pues su eficacia en el mercado sería prácticamente neutra. Esto además, frente al criterio de las entidades de gestión, no supondría una reducción de la recaudación, sino que al aumentar el número de empresas que lo incluirían, este incremento de empresas compensaría sobradamente, la reducción del importe de la tarifa, superando incluso los niveles de recaudación obtenidos.

Como argumento de este último razonamiento, los deudores utilizaban una experiencia práctica, habida en un caso semejante en Alemania. Nos estamos refiriendo al conocido en su día, como “fénix tavern” o el penique de taberna. Se consideraba en Alemania que la venta de alcohol, aún siendo legal producía, tanto en el que lo bebía, como en la sociedad en general, un perjuicio que tenía que ser compensado o reparado por el que comercializaba esa bebida alcohólica. Como vemos, mutatis mutandi, o salvando las oportunas distancias, algo parecido a la institución que estamos comentando, que también se establece para reparar un daño. Pues bien, en el sistema alemán se estableció una cantidad mínima-un penique- que no afectaba al precio final, y que además- y esto es muy importante por lo que veremos en el apartado siguiente-, no era percibido por el consumidor quien abonaba un precio, sin ser consciente que una ínfima parte del mismo se destinaba, a reparar

un supuesto daño, que cuando menos era ciertamente cuestionable.

Lamentablemente, porque seguimos creyendo que hubiera sido una buena solución, los deudores fueron incapaces de convencer a los acreedores, para efectuar tal rebaja, por lo que el canon continuó manteniéndose en los términos económicos recogidos en el acuerdo.

Por tanto el problema continuó de forma tan dramática, que el fraude en el mercado alcanzó en algunos casos, más de un cincuenta por ciento del mismo. Es decir de cada dos soportes comercializados en nuestro país, uno se hacía a través de un canal ilegal. Esto sin duda provocó la desaparición de muchas empresas que pretendían actuar legalmente, y enormes pérdidas para las que sobrevivieron. El cuadro podría ser el siguiente:

Cuantificación del Fraude en el mercado:

CD-R

Año	Ventas Controladas	Estimación Mercado Español	Presunto Fraude Ventas sin Canon	% Fraude	OBSERVACIONES
2003	258.936.671	350.000.000	91.063.329	26%	El canon entró en vigor el 1 de septiembre de 2003, por tanto sólo 4 meses del total del año, generaron bolsa de fraude
2004	199.265.810	360.000.000	160.734.190	45%	Espectacular caída de las ventas controladas, que pasan de tener un peso del 74% al 55%

DVD-R

. Ventas	Controladas	Estimación Mercado Español	Presunto Fraude Ventas sin Canon	% Fraude	OBSERVACIONES
2003	8.116.419	16.000.000	7.883.581	49%	El canon entró en vigor el 1 de septiembre de 2003, por tanto sólo 4 meses del total del año, generando on bolsa de fraude
2004	31.044.936	68.000.000	36.955.064	54%	Espectacular caída de las ventas controladas, que pasan de tener un peso del 74% al 55%

Fuentes: GFK, ASIMELEC, SANTA CLARA CONSULTING GROUP

Sólo la evolución tecnológica ocurrida en los años posteriores, ya con una nueva legislación, ha supuesto un cambio de situación. Pero sin duda el daño en su día producido ha sido ciertamente irreparable.

De nuevo nos encontramos ante un efecto colateral del canon, que estamos convencidos no era deseado por nadie. Pero lo cierto es que, a pesar de la paz judicial que produjo el acuerdo, las consecuencias para el mercado no pudieron ser más desastrosas y desincentivadoras para cumplir la ley. En efecto, la empresa que cumplía la ley tenía “como premio”, competir en desigualdad con aquella que ignoraba la norma, teniendo que contemplar, cómo su competidor le quitaba cuota de mercado, y además soportar la queja de un consumidor que lógicamente (nadie le había explicado nada), se quejaba de tener que pagar por algo que consideraba injusto. Estamos convencidos que para proteger la cultura, y los legítimos derechos de los autores, a que sus obras no sean copiadas, no hacía falta llegar a tales situaciones. Y

estamos convencidos que un canon que supiera casi el 60% del precio final del producto, es absolutamente desproporcionado respecto al daño que se pretende reparar, encontrándonos por tanto ante un canon, más confiscatorio que compensatorio.

Pero como digo, la pérdida de mercado fue grave, pero los ataques constantes de los consumidores fueron también otro aspecto negativo de gran calado. Actitud comprensible de los consumidores, aunque espoleados por algunos colectivos cuya actitud, no fue tan legítima y altruista como pretendían transmitir.

6.4 EL ACUERDO CUESTIONADO: ATAQUE INTERNAUTA.

Ya hemos apuntado anteriormente, que el acuerdo fue rechazado de plano por los consumidores. Quizás lo más correcto sería decir, que el canon fue rechazado de plano por los consumidores, que ignoraban la existencia del mismo, así como el alcance y necesidad del reiterado Acuerdo.

La reacción de los consumidores, aunque no era esperada ni por los acreedores, y menos aún por los deudores-principales perjudicados por la remuneración compensatoria-, en cierto modo, hay que entenderla como lógica.

No cabe duda que entre los aspectos más significativos para un consumidor, a la hora de realizar una compra, se encuentra el precio, junto con otros como la calidad del producto, nivel del servicio, etc.... Por tanto, decimos que es lógico que el consumidor que, de un día para otro, ve como un producto de general consumo, aumenta su precio en un, aproximadamente 40%, reaccione primero pidiendo explicaciones, y después cuando por explicación recibe el argumento, que dos entidades se han puesto de acuerdo para cobrarle un canon, tenga como reacción un rechazo absoluto al pago del mismo, e incluso acuse a las entidades que suscriben el

acuerdo, con calificativos que preferimos no repetir, pero que sin duda son fácilmente contrastables si se consulta en una hemeroteca los diarios de la época.⁷¹

Así, si en lugar de tal explicación, que no por ser cierta no deja de ser incompleta, se le hubiera dicho, que el canon, que de manera sorpresiva aparece en un producto, es consecuencia de una ley, de la que hasta la fecha no tenía conciencia, y que además gracias a un acuerdo interpretativo de la misma, la cantidad a pagar es inferior a la que correspondería según la ley, seguramente su reacción aún siendo de rechazo hubiera sido más justa de lo que en realidad fue.

A raíz por tanto, de hacerse público tal acuerdo a través de los medios de comunicación, hay que indicar que la reacción más fuerte e intensa, tuvo lugar por la conocida como “comunidad internauta”. La proximidad e inmediatez que da Internet, tantas veces comentada como una de las ventajas de la red, tuvo en este caso su máxima expresión y su constatación más clara. Obvio entretenerme en profundizar qué debe entenderse por “comunidad internauta”, pues no deja de ser un concepto unánimemente aceptado, pero que seguro tiene un significado distinto según el que lo use.

Para caso que nos ocupa, considero “comunidad internauta el conjunto de personas que participando en el uso de la red con reiterada frecuencia, se sirven de la misma como canal de comunicación y difusión de sus mensajes y opiniones”. No pretendo elevar esta descripción, a la categoría de definición científica o académica, sino tan sólo transmitir una idea de un colectivo, que juega hoy en día, un papel decisivo en las corrientes de opinión en nuestra sociedad actual.

La reacción, en términos de rechazo al acuerdo tuvo tres claras fases o manifestaciones: en un primer momento el rechazo tuvo lugar con una crítica ácida y mordaz, a las dos partes firmantes, para posteriormente centrarse y profundizar en las

⁷¹ Como ejemplo: “www.internautas.org/historico/2003”.

razones de rechazo de tal medida, pasando finalmente a un análisis jurídico que de haber sido riguroso, en lugar de temperamental o mediático, no hubiera desembocado en las torpezas claras que se cometieron en diversas instancias, por, como decíamos antes, profesionales del Derecho buscadores de una notoriedad, que en las aulas y el ejercicio profesional, le habían negado hasta la fecha, y que optaron por unas vías contenciosas sin fundamento alguno, como posteriormente veremos.

La primera reacción por tanto, fue arremeter contra acreedores y deudores, por entender que ambos eran responsables de la situación. Y de nuevo hay que entender la reacción del usuario, y encontrar el fundamento de la misma, en la situación anterior al acuerdo con la aplicación del canon analógico. Lo cierto es que, a pesar que cuando se produce esta reacción en el año 2003, el canon aplicable a productos analógicos se había estado pagando durante más de once años (ver notas sobre primera reforma de la ley de 1992), no es menos cierto que el usuario no había sido consciente, cuando compraba un producto sujeto al canon, que el mismo iba incluido en el precio. De ahí que nunca se hubiera movilizad o anteriormente contra una medida, que tenía las mismas razones para el rechazo, desde el punto de vista del usuario, tanto con productos analógicos, como con productos digitales.

Es decir, los usuarios en general y la comunidad interna uta en particular, consideraban que el Acuerdo entre ASIMELEC y las Entidades de Gestión, había creado un canon, que tenían que pagar los consumidores, con los que no se había contado para nada.

Así también aparecía reflejado en la prensa, con titulares como la “SGAE y ASIMELEC crean un canon que deberán pagar los usuarios”. Además se incluí an quejas de las Asociaciones de Usuarios y de las Asociaciones de Internautas que aludían al hecho de su falta de participación en el proceso de creación del canon.

Cualquiera con un mínimo rigor jurídico, sabría que eso era imposible por la propia naturaleza de las cosas. No hace falta ser doctor en Derecho, para tener

conciencia de la imposibilidad, que el acuerdo entre dos partes, genere per se, obligaciones para una tercera que no participaba en el acuerdo. Un simple estudiante de Derecho, con un mínimo conocimiento de la teoría general de las obligaciones, recordaría preceptos básicos que le impediría realizar la afirmación, en relación a que una Asociación de Empresas y las entidades de Gestión crean una obligación a los usuarios. Basta recordar el artículo 1089 de nuestro Código Civil cuando dice: “*Las obligaciones nacen de la ley, los contratos y cuasi contratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia*”, y ponerlo en correlación con el artículo 1091 del mismo cuerpo legal, cuando dice: “*Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos*”, para colegir que es del todo punto de vista imposible “crear un canon” por un acuerdo. Quedó claro en capítulos anteriores la naturaleza de obligación civil ex lege de la remuneración compensatoria, porque su origen está en la ley. Por tanto reiteramos una vez más: el canon lo creó una ley, y esta ley se estaba aplicando antes del acuerdo entre ASIMELEC y las entidades de gestión, el Acuerdo sirvió tan solo, y no es poco para adaptar la ley a la realidad de los tiempos.

En este sentido es relevante destacar, la respuesta dada por el Defensor del Pueblo ante una carta enviada por la Asociación de Internautas, que con independencia del análisis más detallado, que realizaremos en el epígrafe correspondiente, trae a colación la situación que nos ocupa. En efecto el Defensor del Pueblo en su escrito de respuesta de 27 de octubre de 2003, a las diversas reclamaciones planteadas, dice: “*Aquí, como usted probablemente no ignore, la denominada "remuneración por copia privada" está recogida en el artículo 25 de la vigente Ley de la propiedad intelectual, cuyo texto refundido fue aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de Abril*” y añade más adelante: “*Insistimos en que es perfectamente comprensible su desacuerdo con esta contribución, pero desde el punto de vista de las competencias de esta Institución no cabe encontrar en la misma una irregularidad susceptible de corrección que pudiera motivar la intervención del Defensor del Pueblo, habida cuenta de que existe cobertura legal suficiente.*”

Clarísimo el Defensor del Pueblo en su análisis. Se puede estar en desacuerdo con la institución del canon digital, pero la institución tiene cobertura legal, pues su origen está en la ley, y concretamente en la que detalla en Defensor en su escrito. La claridad de las materias jurídicas por muy evidentes que sean, son ciertamente difíciles, trasladarlas a la opinión pública, incluso en este caso, en el que por muy injusto que sea, la realidad de los hechos es palmaria. Lógicamente el usuario es sensible a la defensa de sus intereses, y se rebela ante aquello que considera injusto; no obstante en este caso injusto o no, lo cierto es que los usuarios no llevaban razón en acusar al Acuerdo como responsable de la situación.

A la vista de esta situación el primer esfuerzo de los deudores, fue tratar de explicar a todos en general, la realidad anteriormente indicada. Afortunadamente el canal comercial que ya conocía la aplicación del canon analógico, rápidamente entendió la situación, y aceptó la repercusión del canon. Si bien hay que destacar que algunos minoristas, quisieron aprovecharse de la situación derivada de las ventas fraudulentas, a las que nos hemos referido antes, aceptaron facturas sin ca non desglosado, compitiendo en clara ventaja de precio en el mercado, pero incumpliendo claramente la ley, artículo 25 apartado 19, del Texto Refundido de 1996 siendo por tanto responsables del pago del canon. Esto dio lugar con posterioridad a una conflictividad judicial, ante la reclamación de las entidades de gestión, que motivó el cierre de algunos minoristas al no poder hacer frente a sus responsabilidades. Esta circunstancia, que siempre es de lamentar no nos puede hacer olvidar, que si se produjo es porque previamente, ese minorista se había lucrado ilícitamente, compitiendo deslealmente en precio, como consecuencia del incumplimiento de la ley.

Debemos reconocer que tal objetivo se consiguió por los deudores al menos parcialmente. No tanto pasó así con los acreedores. No es menos cierto que la ley les amparaba, pero también no es menos cierto que la ley les hacía beneficiarios de la situación. Al final se logró convencer a los usuarios que, los deudores habían tenido que optar entre negociar el acuerdo, o correr el riesgo de embargo de sus bienes.

¿Qué podían hacer los deudores? La ley les obligaba al pago. Eran unos meros recaudadores, que además tenían que sufrir el desprestigio de toda una campaña, orquestada contra el acuerdo. Acuerdo que encima suponía una rebaja para el usuario.

Todo ello era muy injusto para los deudores, pero muy difícil de explicar al usuario, que sólo ve la realidad de un incremento injusto del precio de los productos. A pesar de ello, poco a poco el usuario fue tomando conciencia de esta situación y del origen legal del canon, para pasar a una segunda fase, cual era la de cuestionarse la legitimidad del mismo.

A nuestro juicio, esta segunda fase tiene una transcendencia decisiva en la futura evolución de la institución, contribuyendo al deterioro de la imagen de las entidades de gestión. Deterioro del que, creemos, aún no se han recuperado, y que incluso ha afectado al conjunto de sus actuaciones, como la protección de otros derechos de autor, alejados de la remuneración compensatoria por copia privada.

En efecto, ha quedado claro y evidente, la no cuestionabilidad de la institución, y su sólida base legal. Esta inatacabilidad jurídica, no impide que el rechazo de la misma por injusta, y la falta de aceptación pública, sea algo constantemente presente en los usuarios.

Como decimos el usuario pasó de aceptar el hecho que había una ley que establecía el canon, a preguntarse por qué tiene que haber un canon. Sobre todo en el mundo digital, y con más motivo en ese nuevo entorno tecnológico, en el que la multiplicidad de usos a los soportes y productos es algo consustancial a los mismos. La polémica que hasta la fecha, se había quedado en el ámbito de los círculos jurídicos, o a veces en los políticos, dio un salto cualitativo fundamental, para situarse a nivel popular, y de polémica de la calle. Tertulias radiofónicas, periódicos, televisiones, medios de comunicación en general, y por supuesto la red: foros, comunidades de internautas, etc.... Todos opinaban con mayor o menor rigor sobre el

canon, o mejor dicho sobre lo justo o injusto, sobre lo legítimo o ilegítimo, del canon.

A mi juicio este fue el gran error de las Entidades de Gestión, permitir que el debate se les escapase del ámbito natural, donde hasta la fecha se habían movido. En efecto, y afortunadamente para los deudores, se produjo una corriente de opinión mayoritaria, en contra de la remuneración compensatoria, que sin duda dura hasta nuestros días. La presión a los políticos y responsables de la Administración fue enorme. Concentraciones, manifestaciones ante el Senado, iniciativas populares para la reforma de la ley, recogida de firmas, plataformas como “todos contra el canon”, etc...⁷² Todas las convocatorias en contra del canon tenían un enorme éxito y respuesta para los convocantes.

Sinceramente pienso que las Entidades de Gestión se vieron desbordadas por esta reacción. Estaban acostumbradas a utilizar como prescriptores de opinión, a muchos de sus representantes, quienes gozaban en la opinión pública de una gran popularidad. Esta estrategia les fue muy útil en la experiencia anterior del año 1992, cuando se reformó por primera vez la ley, y el canon analógico se impuso sin apenas respuesta por los usuarios. Ni por un momento se plantearon que, la situación había cambiado, y que la novedad que supone Internet, impone otras reglas de comunicación y de comportamiento sociológico. Es más, la respuesta fue tan contundente por parte de los usuarios, que los personajes usados otras veces como portavoces de las entidades, por su popularidad en el público, vieron mermada dicha popularidad, renunciando a continuar asumiendo un protagonismo en la materia.

Lo cierto por otra parte, es que la carencia de justicia y legitimidad del canon, tal y como estaba concebido en ese año, era francamente elevada. Es difícil convencer a un usuario que debe pagar por la adquisición de un bien, para compensar un daño que quizás nunca produzca, y además por adelantado, y a demás a una

⁷² “Ciudadanos, profesionales, asociaciones de empresas y sindicatos contra el canon digital.” 8 de marzo 2003. “www.aui.es”

entidad privada. El clásico ejemplo del usuario que tenía que pagar una cantidad que además, era elevada (casi un 60%) del precio final de un CD, cuando va a destinarse a guardar las fotografías de, por ejemplo una celebración familiar. ¿Dónde está el daño? ¿Dónde hay algo que compensar?

Todos estos argumentos, la torpeza de las entidades de gestión, que en un exceso de confianza, y por suerte para los deudores, permitieron que el debate traspasara, los límites en los que se había desenvuelto hasta la fecha, propiciaron una reacción de descrédito y desprestigio de las mismas, que las hicieron objeto de ataques de toda naturaleza. Afortunadamente ya en esta fase, los deudores quedaron al margen de los citados ataques, al comprender los usuarios, que en efecto el Acuerdo era la única opción que les quedaba, y además que también el canon había tenido consecuencias negativas para ellos en el mercado.

Acreditada por tanto, y según lo usuarios, la ilegitimidad del canon, se planteó la tercera fase, a la que aludíamos en un principio, y que era atacar dicha ilegitimidad por los cauces legales que se consideraron más oportunos. Básicamente fueron dos los que trataremos en los apartados siguientes de este capítulo: la denuncia ante el Servicio Nacional de Defensa de la Competencia y la queja ante el Defensor del Pueblo. Sin perjuicio del análisis en detalle posterior, baste aquí dejar constancia de nuevo de la torpeza de los líderes mediáticos o jurídicos profesionales de los usuarios. En efecto, a nuestro juicio, el gran error fue atacar jurídicamente el acuerdo en lugar de la propia institución en sí.

Como suele ocurrir en personas que tienen como objeto, más el ansia de notoriedad, que el rigor profesional, tratan de “buscar atajos”, acudiendo a posibles soluciones rápidas, en las que tan sólo su inicio, aunque su resultado sea patético, como veremos, da lugar a un titular de prensa y a una reacción de apoyo del colectivo afectado: usuarios. Pero el error es palmario. Estaba claro por todo lo que venimos comentando, que el origen del problema no era el acuerdo, sino la ley en la que el mismo se sustentaba. Por tanto en lugar de tratar de presionar a los poderes públicos

que tenían la posibilidad de proponer una nueva ley, o incluso adaptar la nueva (una vez más hay que recordar la Disposición Transitoria Quinta del Texto Refundido de 1996), acudieron a vías en las que el fracaso estaba más que garantizado.

Un análisis riguroso de la materia, incluso, les hubiera proporcionado argumentos sólidos, derivados del rigor jurídico, más que del mensaje mediáticamente atractivo, pero sin fundamento. Nos estamos refiriendo al hecho de la existencia de una Directiva comunitaria, que obligaba a esa adaptación y cuyo plazo de transposición estaba ya vencido. En ningún momento esos “líderes” mediáticos, que ¿desinteresadamente?, iniciaban acciones gratuitas en defensa ¿altruista? de los nobles intereses de los usuarios, acudieron a un proceso comunitario, ni tan siquiera citaron en sus reivindicaciones, la indicada Directiva.

Por tanto el análisis que haremos a continuación, se realiza por la enjundia jurídica que tienen los fallos y resoluciones dictadas en la materia, por los órganos competentes, que sin duda contribuyen a una mejor comprensión de la naturaleza de la institución y del acuerdo, que permitió, su pacífica aplicación. Carente de valor son los escritos de planteamiento de esas acciones, por las razones que venimos reiterando, por lo que no perderemos el tiempo en analizar su fundamento ausente de todo rigor jurídico.

6.5 DENUNCIA ANTE EL SERVICIO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA:

El 12 de septiembre de 2003. D. Javier de la Cuerda Gonzalez-Cotera presentó escrito de denuncia ante el Servicio de Defensa de la Competencia contra la Sociedad General de Autores y Editores (SGAE) y Asociación Multisectorial de Empresas Españolas de Electrónica y Comunicaciones, (ASIMELEC), por supuestas conductas prohibidas por los artículos 1 ó 6 de la Ley de Defensa de la Competencia, ya que el acuerdo firmado por ambas supondría una infracción del artículo 1.1.a) y del 6. a) de la

LDC. Posteriormente, los días 13 de enero 2004 y 20 de febrero de 2004, Hispanolux y la Asociación de Internautas respectivamente presentaron denuncias en el mismo sentido. Hasta aquí la referencia a la denuncia. Veamos con detalle la base argumental de la misma:

6.5.1 Análisis de la denuncia

Nótese en primer lugar la inmediatez del primer denunciante quien a los trece días de haber entrado en vigor y aplicación el acuerdo, y sin tiempo material, para que el canon digital llegase a usuario, causándole el perjuicio indicado por él en su denuncia, ya cuestiona el acuerdo calificándolo de colusorio.

En las prisas y torpeza en la presentación del escrito de denuncia, se alude a un acuerdo suscrito entre la SGAE y ASIMELEC, cuando los firmantes por parte de las Entidades de Gestión son cuatro Entidades más: AIE, AISGE; DAMA, y EGEDA. Pero era necesario presentar la denuncia lo antes posible para tener la primicia del titular de prensa, antes que estudiar bien la materia, o al menos hacerse con una copia del acuerdo, para conocer al menos contra quién dirigir la denuncia. Ese desconocimiento del contenido del acuerdo provocó incluso una absoluta falta de concreción en el objeto de la denuncia, *“que no era otro que el haber firmado un acuerdo en el que, las denunciadas, establecían un canon por CD-Rom y DVD vírgenes vendidos y que deberían de soportar los consumidores a partir del 1 de septiembre del mismo año, todo ello, con base y fundamento en que dichos soportes son susceptibles de ser utilizados para grabar en ellos bienes objeto de propiedad intelectual gestionados por la SGAE.”*

Quizás lo único acertado por el denunciante, fue el ámbito o jurisdicción de la denuncia, acudiendo a un procedimiento administrativo, de la flexibilidad como son los procedimientos en materia de competencia, imbuido a sí mismo de un carácter

especialmente tuitivo y protector con el usuario.

A lo largo del procedimiento, tanto el Servicio como el Tribunal van sentando una serie de consideraciones que, aunque referidas, como no podía ser de otra forma, al ámbito de la libre competencia, no es menos cierto, que profundizan en la naturaleza jurídica del acuerdo y en sus consecuencias, y que merece la pena ser estudiadas por la enjundia jurídica que tienen, y la visión que nos aporta.

En cuanto a las fases del procedimiento hay que indicar, que la denuncia que en su día interpusieron los anteriormente citados, provocó tras una primera fase de averiguamiento e instrucción del correspondiente expediente, un Acuerdo del Servicio de 20 de octubre de 2004, decretando el Archivo de las actuaciones que tuvieron su origen en las denuncias mencionadas. En concreto en dicho Acuerdo de Archivo se indicaba:

“Tratándose de la celebración de un Acuerdo entre partes con intereses enfrentados y en cuya negociación se ha invertido más de un año, cabe descartar sin mayor análisis la posibilidad de que la consecución del Acuerdo firmado el 31 de julio de 2003 pudiera ser calificada como un abuso de posición de dominio”. Y añadía:

“El Acuerdo bajo examen no se aparta de lo dispuesto en el artículo 25 del TRLPI y del RD 1434/1992. En efecto, el precio de cada soporte es igual o inferior al establecido en el apartado 5 y las condiciones para su aplicación tienen encaje perfecto en cada uno de los restantes apartados del mismo artículo o de los artículos del Real Decreto. Por tanto, cualquier hipotética prohibición establecida de conformidad con lo previsto en el artículo 1 de la LDC no le sería aplicable, ya que estamos ante la conducta amparada por Ley”.

Lo cierto es que hay que reconocer, que el servicio adoleció de cierta, podríamos decir “relajación argumentativa”, para justificar el archivo de las actuaciones, que sin duda propiciaron no sólo el planteamiento del recurso por parte

de los denunciantes, sino su admisión por parte del Tribunal de Defensa de la Competencia. Incluso cuando la argumentación base del recurso, era tan sumamente falta de fundamento, como “la inconstitucionalidad de ciertas situaciones”, o bien que el Acuerdo entre ASIMELEC y las Entidades de Gestión, objeto de denuncia, “hace caso omiso de que el uso y destino de los soportes digitales vírgenes, no es la realización de copias de obras protegidas por los derechos de autor...”, el SDC debería haber argumentado mejor la decisión del archivo, pues como vemos, los recurrentes utilizaron argumentos carentes de cualquier rigor, y que no hubiera pasado el mínimo filtro del análisis jurídico básico, entre otras razones, como posteriormente se indicó, porque no es al Tribunal de Defensa de la Competencia a quien le corresponde pronunciarse sobre la constitucionalidad o no de las normas o situaciones.

Por tanto el Tribunal de Defensa de la Competencia, nunca debió de admitir el recurso interpuesto contra el Acuerdo de Archivo del Servicio de Defensa de la Competencia. Sin embargo con fecha 24 de noviembre de 2005 dictó la Resolución en la que estimaba el Recurso y ordenaba la reapertura de la fase de instrucción, en los términos siguientes:

“En relación con la supuesta infracción del artículo 6 dice el TDC que las razones aducidas por el Servicio acerca del interés enfrentado de las partes contratantes y la larga duración del tiempo de negociación, no son por sí mismas reveladoras de la ausencia de abuso de posición dominante ni permiten la apoyatura para sentar la presunción de inexistencia de conducta abusiva. La falta de investigación en este aspecto de la cuestión planteada impide eliminar la posibilidad de que los hechos denunciados supongan una infracción del art. 6 de la LDC a través de un abuso de posición dominante, individual o colectiva de las entidades de gestión que firman el Acuerdo de 31 de julio de 2003 (SGAE, AIE, AISGE y [EGEDA]) o de ASIMELEC, o cometido conjuntamente por las entidades de gestión y ASIMELEC. Se hace preciso, en consecuencia, analizar los mercados afectados, así como la posición en éstos de las partes denunciadas (...).”

“En relación con la supuesta infracción del artículo 1, dice el TDC que “(...) el amparo legal debería entenderse respecto al derecho al cobro del canon, pero no respecto al acuerdo de los denunciados para la fijación de su cuantía. De hecho, el propio artículo 25 TRLPI no prevé que la cuantía del canon venga fijada mediante acuerdo entre autores y fabricantes sino que establece un sistema distinto, basado en una cuantía concreta para el año de partida (1996) y la posibilidad de que el Gobierno lo actualice cada dos años”.

Devuelto el expediente al Servicio y practicadas las oportunas diligencias, el Servicio se ratificó en su consideración inicial, en el sentido de proponer al Tribunal el sobreseimiento del expediente. Finalmente el Tribunal dictó Resolución de desestimación del recurso interpuesto en su día.

Como decíamos en un principio la argumentación del Servicio en la Propuesta de Sobreseimiento, como la desestimación del Tribunal en su Resolución definitiva, contiene un conjunto de valoraciones jurídicas sobre el Acuerdo entre ASIMELEC y Entidades de Gestión, que merece la pena analizar.

6.5.2 Análisis de la Propuesta de Sobreseimiento del Servicio de Defensa de la Competencia.

Seguiremos la estructura de la Resolución, pues con gran acierto, y sin duda también por la crítica que hizo el Tribunal acerca de la primera instrucción de los hechos denunciados, el Servicio hace un exhaustivo análisis de los hechos, para posteriormente pasar a su valoración jurídica.

Estructura el análisis de los hechos en tres apartados: Por un lado analiza las

sentencias que sancionan la aplicación del artículo 25 del TRPLI, los problemas de la aplicación del art. 25 a los soportes digitales por otro lado, para finalizar con un análisis de los acuerdos suscritos entre ASIMELEC y las entidades de gestión.

En cuanto a las sentencias, el Servicio viene a reconocer la existencia de numerosas sentencias, citando alguna de ellas a título de ejemplo, indicando que :”*Los tribunales ordinarios fallaron que los soportes CD-R fabricados o importados por los demandados estaban sujetos a remuneración compensatoria por copia privada por ser idóneos para la reproducción de obras protegidas, condenando a los demandados a dar acceso a la entidad de gestión a la documentación necesaria para liquidar dicha remuneración...*”

Acierta de pleno el Servicio, cuando pone en el origen de los hechos denunciados, y por tanto del Acuerdo, la existencia de sentencias que obligan a los deudores a poner a disposición de los acreedores, una documentación que, en definitiva es preparatoria para determinar las cantidades a pagar. Una vez más, y esta vez es por el Servicio de Defensa de la Competencia, se viene a constatar que se trata de un acuerdo forzado por las circunstancias, especialmente graves para los deudores, de tener que atender unos pagos, como consecuencia de una sentencia judicial. Una vez más, se vuelve a reconocer que el Acuerdo no crea un canon, sino que el canon lo crea la ley y lo impusieron los jueces.

El segundo acierto del Servicio es cuando analiza algo, en lo que las partes trabajaron mucho, y era en la adaptación de la normativa al nuevo entorno tecnológico. El Servicio fija los problemas de aplicación del artículo 25 del TRPLI en los siguientes términos: “*En primer lugar, el artículo 25 del TRPLI utiliza como criterio para determinar la remuneración compensatoria por copia privada el tiempo de grabación expresado en horas o minutos, mientras que en los soportes digitales la capacidad de grabación se mide en bytes. Y es que los sistemas de comprensión de datos permiten aumentar considerablemente la capacidad real de grabación de los soportes digitales (en un CD, hasta 29 veces, aunque lo más habitual es 11 veces; en un DVD, según la*

calidad deseada, entre 1 y 3 veces).

En segundo lugar, el artículo 25 del TRLPI no prevé mecanismo alguno para adaptar las tarifas de los hábitos de consumo de los soportes, es decir, no tiene en cuenta el porcentaje de soportes que no se dedican a copiar obras protegidas por los derechos de autor y afines.

En tercer lugar, en los CDs se pueden grabar obras musicales y obras audiovisuales, pero el artículo 25 del TRLPI establece un canon sobre los materiales de reproducción sonora y otro sobre los materiales de reproducción visual o audiovisual, quedando indeterminado cuál de los dos debería aplicarse a los CDs.

En cuarto lugar, las tarifas del artículo 25 del TRLPI no se han actualizado nunca, a pesar de la Disposición Adicional Tercera del TRLPI, ni siquiera por el IPC.

Por fin, se pueden apuntar otras cuestiones tales como que los soportes digitales, a diferencia de los analógicos, ofrecen la posibilidad de hacer copias sin perder la calidad del ejemplar original, y que la calidad de esas copias no se pierde con el paso del tiempo y por el uso, al contrario de lo que ocurre con las copias realizadas en soportes analógicos”.

No se puede con más brevedad y síntesis, fijar de manera tan clara, los problemas de aplicación de la norma referenciada: la medición del tiempo, la idoneidad para copiar, la falta de actualización de tarifas, la existencia de soportes híbridos (audio y video conjuntamente), cuando la tarifa no permite esa combinación y la pura diferencia de calidad entre las tecnologías. Es llamativo como una materia tan clara, sencilla y evidente a ojos del Servicio, era tan confusa para otros colectivos.

Por último, como indicábamos, el Servicio completa el estudio de los hechos, con un análisis, bastante pormenorizado del Acuerdo entre ASIMELEC y las Entidades de Gestión. En este sentido hace un extracto de los aspectos más relevantes de la

parte expositiva y dispositiva del acuerdo, para finalizar indicando un hecho de especial relevancia, para la posterior Resolución, y es la circunstancia de que a 31 de diciembre del año 2004, 132 empresas se habían adherido al Acuerdo, de las cuales tan sólo 30 eran asociadas de ASI MELEC. En marzo del 2006, acredita el Servicio, eran ya 137 las empresas firmantes no asociadas en ASIMELEC. Lo que en principio aporta una claridad de ideas frente a las afirmaciones de exclusividad que se habían vertido al respecto.

Pero quizás lo más relevante de esta Propuesta de Sobreseimiento del Servicio, que estamos comentando, sea la valoración jurídica que de los hechos denunciados se realiza. Estructura el Servicio esta valoración jurídica en los siguientes apartados: en primer lugar hace una breve reflexión sobre la legalidad de la remuneración compensatoria por copia privada, en relación con materiales y soportes digitales. Reflexión, como veremos, breve pues en definitiva constata que no es ámbito de su competencia. Lo que sí supone un ámbito de competencia, es pronunciarse sobre una imposible infracción del art. 1 de la entonces vigente Ley de Defensa de la Competencia, o bien una imposible infracción del artículo 6 del mismo cuerpo legal, relativo al abuso de posición de dominio, apartados estos dos últimos, que constituyen el cuerpo principal de la valoración jurídica que hace el Servicio.

En cuanto a la reflexión sobre la legalidad de la remuneración compensatoria, lo primero que hace el Servicio es centrar la materia reconociendo, que en la denuncia planteada, en realidad no se está planteando una cuestión de competencia, sino la propia legalidad de la remuneración compensatoria, lo que sin duda queda fuera del alcance del ámbito decisorio del Servicio y/o en su caso del Tribunal de Defensa de la Competencia. Los términos del Servicio son claros: *“ En el fondo, lo que discuten los denunciantes es la existencia misma de la remuneración compensatoria por copia privada en relación con los soportes digitales (CDs y DVDs) o que, al menos, ciertos usos de dichos soportes digitales deben quedar exentos de la obligación de satisfacer dicha remuneración.”* Y añade *“Sin embargo, la legalidad o ilegalidad de la remuneración compensatoria por copia aplicada a los materiales y soportes digitales*

va más allá de las competencias atribuidas a los órganos de defensa de la competencia...”

La claridad de los términos del Servicio es palmaria; no obstante aún matizó más y añadió: “Como también queda fuera del alcance de las autoridades de defensa de la competencia el decidir qué soportes digitales deben quedar exentos del pago de remuneración compensatoria por copia privada en razón de que su uso más habitual, a pesar de su idoneidad para servir de soporte a copias de obras protegidas, es distinto de éste. Dicha decisión corresponde al Gobierno, de conformidad con el artículo 25.23 del TRLPI.”

Es evidente que el Servicio no cayó en lo que constituía una auténtica trampa jurídica por parte de los denunciantes. Ya vimos en otro capítulo, como la reacción ciertamente interesada y manipuladora de ciertos colectivos, les animó sin el mínimo análisis y rigor jurídico, a plantear una serie de acciones contra el Acuerdo entre ASIMELEC y las Entidades de Gestión. El objetivo era siempre el mismo, eliminar la remuneración compensatoria, tratando de obtener una declaración de ilegalidad de la misma, lo que ciertamente era imposible. Y para ello se forzaron los argumentos hasta el límite del ridículo, acudiendo a cualquier jurisdicción que pudiera parecer oportuna, sin mayor consideración en cuanto al acierto o viabilidad de la acción.

Algo así pasó en el caso que nos ocupa. Cualquier análisis mínimamente riguroso, determinaría que los órganos de competencia no tiene capacidad para pronunciarse sobre la legalidad o no de una institución reconocida por la ley, sino tan sólo si se han respetado las reglas que deben conformar la competencia, en un mercado libre y conformado por los demás principios constitucionales, relativos al mismo, como el de libertad de empresa y otros. Por tanto no era competencia del Servicio, como el mismo indica, determinar si un CDr, de determinada capacidad es idóneo o no para grabar, y por tanto pagar remuneración compensatoria. Es claro que una realidad tan clara y palmaria la conocían los denunciantes. Pero no es menos cierto, que también es claro su interés en ignorar esa realidad, en aras de otros

intereses, no tan legítimos como la defensa del usuario, como en un principio pretendían justificar.

Pues bien como decimos, el Servicio con a cierto no cae en esa estrategia, bastante burda. Sin embargo y para evitar, como ocurrió en la primera instrucción, que provocó la devolución del expediente por parte del Tribunal, no es lícito analizar la materia, en relación con el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, que alude a las conductas colusorias, y en relación con el artículo 6 del mismo cuerpo legal relativo al abuso de posición dominante.

Podría perfectamente, haberse limitado a una declaración, como hemos visto de falta de competencia, y eludir un mayor análisis en profundidad de esta materia. No obstante realiza ese análisis, por las razones apuntadas. Un mínimo rigor les hubiera hecho comprender a los denunciantes, que un área de competencia del Tribunal era la elaboración de informes no vinculantes para el Gobierno, art. 16 de la entonces vigente LDC, y por esa vía y las consecuencias negativas para el mercado (fraude de IVA, competencia desleal, etc...), obtener una recomendación en relación con la supresión o control de los efectos de la remuneración compensatoria. Recomendación que a pesar de no ser vinculante tendría sin duda una adecuada repercusión social y mediática. Sin embargo se eligió “un atajo jurídico” en aras de los intereses espúreos antes comentados.

En concreto y en relación con una posible infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia (en adelante LDC), el Servicio, como no podría ser de otra forma, centró su análisis en determinar si el acuerdo constituía un acuerdo prohibido por el citado artículo, al tener por objeto un efecto potencial o real de restringir la competencia.

En este sentido lo primero que hace el Servicio, es declarar que el art. 25 del TRLPI, no prevé la celebración de acuerdos entre las partes acreedoras y deudoras, para la determinación del canon. Una declaración previa de esta naturaleza, nos

podría haber inducido a pensar que el acuerdo pudiera ser rechazado por el Servicio; no obstante el propio Servicio reconoce que no es de su competencia, pronunciarse sobre la legitimación o no de las partes y por otra parte añade: “ Sin perjuicio de lo anterior, cabe añadir que la Ley 20/1992, vigente hasta la entrada en vigor del TRLPI, preveía expresamente la celebración de este tipo de acuerdos para la determinación de los importes de la remuneración compensatoria por copia privada y que el Proyecto de ley de modificación del TRLPI, en tramitación en las Cortes en la actualidad, prevé la negociación entre las partes para la fijación de los importes de la remuneración compensatoria por copia privada para medios digitales, en línea con lo que establece la Directiva 2001/29/CE.” Parece, por tanto, que los acuerdos no eran algo lejano a la institución de copia privada.

En cuanto al objeto del Acuerdo, el Servicio concluye algo que también era claro, y que ha quedado acreditado anteriormente, y es que el origen del acuerdo hay que buscarlo, en la conflictividad judicial creada entre las Entidades de Gestión y los deudores. Incluso acredita la existencia de sentencias, de las que al inicio de la Propuesta de Sobreseimiento, dio incluso detalles concretos. Reconoce el Servicio que con el Acuerdo, los miembros de ASIMELEC “se propusieron establecer un marco estable que diera seguridad jurídica al sector y frenase el goteo de demandas de las entidades de gestión y de sentencias condenatorias...”

Añade a continuación el Servicio, una manifestación, que a nuestro juicio es determinante, en relación con lo que venimos comentando: “ Por otro lado el Acuerdo entre las entidades de gestión y ASIMELEC **no crea un nuevo canon**, sobre los materiales y soportes de grabación digitales, pues la Ley de Propiedad Intelectual de 1987, ya estableció en su artículo 25 la figura de la remuneración por copia privada....”.

No vamos a insistir más en esta idea, que por otra parte, hemos desarrollado ampliamente en apartados anteriores. Tan solo dejar constancia que, como vemos se trata de una consideración compartida, por un órgano de naturaleza administrativa

como es el Servicio de Defensa de la Competencia.

Otro tema que fue objeto de discusión y polémica, fue el relativo a la capacidad de las partes de fijar tarifas. Una vez más el Servicio acierta, cuando indica que el acuerdo no fija tarifas, sino que aplica las existentes convirtiéndolas a la realidad tecnológica. Es decir muy al contrario de lo que, a nuestro juicio de manera malévola e injustificada decían los denunciantes, en el sentido que el Acuerdo había fijado unas tarifas arbitrarias, el Servicio reconoce que se trata de una adaptación de las existentes en el art 25 del TRLPI. en concreto dice: *“Tampoco parece fijar el importe de la remuneración compensatoria por copia privada, sino más bien aplica (incluso rebaja, como se verá) los importes previstos en el artículo 25 del TRLPI a los materiales y soportes digitales atendiendo a las especiales características de los mismos, tal como exige la Directiva 2001/29/CE”*

Concluye el apartado correspondiente a una posible vulneración del artículo 1 de la LDC, indicando que *“El objeto del acuerdo **no era, pues, restringir la competencia, sino poner fin a conflictos** recurrentes en el sector”*. La vocación del Acuerdo era ***la de acoger a todos los fabricantes e importadores de productos digitales idóneos** para la realización de copias, deudores de la remuneración compensatoria por copia privada en virtud del artículo 25 del TRLPI, y a todas las entidades de gestión acreedoras de dicha remuneración, con el fin de zanjar la polémica que hasta ese momento se estaba dirimiendo en los tribunales a favor de las entidades de gestión.”*

Como todos sabemos para que exista una conducta colusoria es necesario que la misma haya tenido un efecto real o potencial, sobre el mercado. *“...p roduzca o pueda producir...”* decía el anterior artículo 1 de la LDC. Por tanto es lógico que la resolución que comentamos, dedique un apartado a analizar los efectos del Acuerdo.

También aquí veremos, que el análisis del Servicio desmonta alguna de las manifestaciones malintencionadas, que hasta la fecha se habían vertido en diversos

foros y círculos mediáticos. Lo primero es aclarar algo que ya se había apuntado antes, y que era relativo al perjuicio al usuario, por tener que pagar una tarifa elevada.

Recoge el Servicio la argumentación de ASI MELEC y de la SGAE, en el sentido de que el acuerdo no sólo no incrementa la tarifa, sino que la rebaja. Es decir que la conversión que realiza el acuerdo tanto a euros, como a criterios de velocidad está por debajo de la establecida en la ley, por lo que el supuesto perjuicio para el usuario se convertía en beneficio. Era lógica la táctica de los denunciantes, en el sentido de tratar de llevar al órgano decisor el convencimiento que los usuarios salían perjudicados. No olvidemos que el Derecho de la Competencia, hunde sus raíces en la defensa de los intereses de los usuarios, defendiendo el libre mercado o lo que es lo mismo, el libre acceso a bienes y servicios, con absoluta libertad de precios. Nada más tentador por tanto para provocar una sanción, que presentar el acuerdo como un pacto entre las partes para la fijación de precios en contra de los intereses de los usuarios.

Si bien la estrategia de los denunciantes se orientó adecuadamente, carecía de fundamento alguno, pues como decimos, no se producía incremento de precios, sino decremento de la tarifa. Así quedó reflejado en los cuadros presentados por los denunciados, que fueron incorporados a la Resolución y que reflejamos anteriormente en otro apartado.

Como justificación de esta rebaja tanto ASIMELEC como la SGAE explicaban que la misma se producía, como resultado de la valoración de la circunstancia de que, a pesar de la idoneidad de los soportes y materiales digitales para copiar obras protegidas, reconocida en las sentencias judiciales, el uso que se les da en muchas ocasiones no es ese. Asimismo se reconoce, como vimos anteriormente, que el Acuerdo condona las deudas de los fabricantes e importadores devengadas hasta el 31 de agosto del 2003, lo cual no se hubiera producido de no existir el acuerdo. Por tanto literalmente el Servicio reconoce que: *..el hecho de que las compensaciones pactadas en el Acuerdo de 2003 fueran inferiores a las establecidas en el artículo 25*

del TRLPI, las cuales se estaban viendo conminadas a pagar los fabricantes o intermediarios en virtud de sentencias judiciales, revela al Acuerdo como más favorable a los intereses de los consumidores que el propio TRLPI, lo cual desmonta la argumentación de los denunciantes en relación con el perjuicio que habrían sufrido dichos consumidores como consecuencia de una suerte de connivencia entre las entidades de gestión y ASIMELEC para explotar al consumidor final.”

La conclusión final de Servicio, al menos en lo relativo a esta posible conducta colusoria es que :”El Acuerdo ni pretendió ni tuvo como efecto real o potencial la restricción de la competencia entre fabricantes e importadores sujetos al pago de remuneración compensatoria por copia privada, ni mucho menos entre las entidades de gestión, que no compiten entre si,...”.

Analiza a continuación la Resolución que comentamos, la otra posible conducta colusoria, como es la existencia de posible abuso de posición dominante, a través de la infracción del artículo 6, del entonces vigente texto de la Ley de Defensa de la Competencia.

El argumento utilizado por el Servicio en su día, para propiciar el archivo del expediente, se basaba en el hecho de descartar que el acuerdo entre ASIMELEC y las Entidades de Gestión, pudiera ser a buso de posición de dominio, afirmando que : “*va contra toda lógica el que una misma conducta se le pueda imputar simultáneamente dos infracciones como las señaladas: una por colusión y otra por abuso de posición de dominio*”, y decidir que la consideración de una supuesta infracción del artículo 1 se ajustaba más a la conducta denunciada.

Dicho en otros términos, el Servicio interpretó que al ser el referido Acuerdo, una conducta más cercana a una infracción del art.1 de la entonces vigente Ley de Defensa de la Competencia, no era necesario estudiar una posible conducta colusoria al ser doctrina reiterada del Tribunal que una misma conducta no puede producir dos infracciones. Y ese fue el error que cometió el Servicio y esa fue la razón para que el

Tribunal rechazara inicialmente el archivo del expediente, pues consideraba que :
“...es labor propia del órgano instructor investigar sobre la concreción de ambas modalidades de infracción denunciadas..”

No es que el TDC cambie su postura y abandone la idea de una misma conducta no puede ser calificada de colusoria y abusiva de posición de dominio simultáneamente, y para ello cita incluso en su apoyo la doctrina del TJCE en el caso “Compagnies maritimes belges” de 16 de marzo de 2007, sino más bien que cabe estudiar dicha conducta a la luz de las dos posibilidades sin descartar una de ellas. Es decir el TDC lo que pide al Servicio es que estudie la conducta a la luz de las dos posibles infracciones, aunque luego por coherencia con la línea mantenida sólo pueda imputar una infracción.

Aclarado por tanto la procedencia del examen de la existencia de un posible abuso de posición de dominio, se inicia dicho análisis con un estudio del mercado relevante, para proceder a continuación al análisis de las posibles conductas abusivas.

Se inicia el análisis del mercado relevante, con una referencia a la doctrina ya sentada por el TDC en relación con las entidades de gestión, y que puede resumirse en el hecho que considera que las entidades de gestión, son, cada una, gestora en exclusiva de las obras de su repertorio, habiéndose especializado en la gestión de determinados derechos de propiedad intelectual. De tal modo que ninguna compete con otra en la gestión de los derechos de propiedad intelectual, y podría decirse que cada una ostenta una posición de dominio, o más bien de monopolio de facto en cada segmento de mercado de derechos de propiedad intelectual, donde desarrolla su actividad.

Otra cuestión a analizar en este ámbito, es si las entidades de gestión ocupan una posición de dominio colectiva, para ello de fine la situación de dominio colectivo como aquella en la que entre operadores existen tales vínculos que cada uno de ellos, consciente de sus intereses comunes, considera posible, económicamente racional, y

por tanto preferible, adóptar de manera duradera una misma línea de acción en el mercado, y ello sin que sus competidores, ni sus clientes, ni los consumidores puedan reaccionar de forma efectiva.

Sentado el concepto de dominio colectivo, se considera que en el presente caso estaríamos ante varias entidades, dominantes, cada una en el mercado en que operan, que actúan conjuntamente frente a sus "clientes", que son meros deudores de la remuneración compensatoria por copia privada.

Alude el Servicio a la Resolución de propiedad Intelectual Audiovisual del TDC, en la que estableció que tres entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual, sobre obras audiovisuales ostentaban una posición de dominio colectiva debido a la existencia de factores de correlación entre ellas, que las llevaba a actuar de forma conjunta en el mercado y, en gran medida, con independencia de los usuarios de su repertorio.

A la vista de todo este análisis jurídico concluye el SDC que, el mercado relevante que nos ocupa, se podía definir desde el punto de vista del demandante, o usuario/explotador de los derechos de propiedad intelectual- en este caso los usuarios de determinados materiales y soportes digitales, idóneos para la realización de copias de obras protegidas, que se ven obligados por ley a compensar a los titulares de los derechos de propiedad intelectual sobre dichas obras, a la hora de adquirir esos materiales y soportes, independientemente del uso que posteriormente hagan de ellos, como el mercado de ámbito nacional, de los derechos de propiedad intelectual que dan lugar a una compensación, por el límite al ejercicio de dichos derechos que supone la copia privada. En este mercado las entidades de gestión ostentarían una posición de dominio colectivo, a pesar de no ser competidoras, por haber optado por actuar conjuntamente frente a los deudores de la remuneración compensatoria por copia privada.

Después de este exhaustivo análisis jurídico del SDC, que probablemente no

quería incurrir en el error anterior tan criticado en su Resolución por el TDC cuando anula el sobreseimiento del expediente, entre otras razones por falta de análisis sobre la existencia de abuso de posición de dominio, concluye o mejor dicho anticipa que no concurren los requisitos para que se considere, que ha existido una conducta abusiva por parte de las entidades de gestión.

Analizada la posición y conducta de las Entidades de Gestión, procedía analizar la posición y conducta de las Entidades de Gestión con ASIMELEC. Realmente el SDC de una forma sencilla y clara, desmonta el entramado artificial establecido por los recurrentes, para tratar de justificar lo injustificable, como es un abuso de posición de dominio conjunto entre ASIMELEC y las Entidades de Gestión para beneficiarse de una situación a costa del usuario.

Desmonta el SDC tan artificiosa argumentación en base a los siguientes puntos:

- Los intereses de ASIMELEC no son coincidentes con los intereses de las entidades de gestión. La coincidencia de intereses la basan los recurrentes en el hecho de la repercusión de la remuneración compensatoria a los usuarios. En primer lugar el SDC sienta un axioma básico y es que es absolutamente normal que el fabricante o importador repercuta al usuario un incremento de costes.

Es algo tan meridianamente claro, que parece mentira que haya tenido que ser un organismo como el SDC, quien deba decir que la reacción normal de una empresa si incrementa sus costes, es repercutirlo al usuario si quiere mantener su estructura de beneficio. En este supuesto el canon viene a comportarse como un incremento del precio de la energía o cualquier otro coste empresarial. Ello es tan evidente que hasta el art 25 del TRLPI prevé explícitamente la repercusión del canon. El literal de la Propuesta de Resolución es bien claro a este respecto: “ *En primer lugar, hay que decir que no es abusivo per se que el fabricante o intermediario que se enfrenta a un incremento de sus costes, en este caso por el pago de una cantidad relacionada con el*

ejercicio de determinados derechos de propiedad intelectual, trate de repercutirlo sobre sus precios. Es más, el propio artículo 25 del TRLPI establece explícitamente la repercusión del canon sobre los clientes obligados a abonarlo⁷³. Y es que, si bien el TRLPI ha optado por designar como deudores a estos operadores, seguramente por la simplificación de las labores de gestión y recaudación que ello supone, los verdaderamente susceptibles de realizar copias privadas son los consumidores finales de los materiales y soportes digitales.

De modo que no tiene nada de particular en el contexto empresarial y, además, resulta plenamente consistente con la Ley, que sean los consumidores finales quienes soporten el canon establecido legalmente para compensar a los titulares de los derechos de obras protegidas.”

Pero es que a mayor abundamiento, considera que eso es así, y que además es justo que sea así, puesto que es el usuario el que realiza la copia - acto a compensar por la remuneración - y quien se beneficia de ello. Beneficio que en el caso de aplicación del Acuerdo recurrido es mayor, puesto que gracias a ese acuerdo el SDC reconoce que el usuario paga una remuneración más baja.

Concluye por tanto el SDC que “...los fabricantes e importadores, ni individualmente, ni asociados en ASIMELEC o en cualquier otra asociación. Tendrían interés alguno, sino más bien al contrario, en pagar unos cánones por copia privada injustificados, y muchos menos demasiado elevados, cánones estos que no harían mas que presionar al alza sus costes y colocarles, dependiendo de la elasticidad de la demanda, en la tesitura de tener que renunciar a parte de su margen a parte de su cifra de negocio.”

⁷³ 16. A efectos de control de pago de la remuneración, los deudores mencionados en el párrafo a) del apartado 11 de este artículo deberán figurar separadamente en sus facturas el importe de aquella, del que harán **repercusión a sus clientes** y retendrán, para su entrega conforme a lo establecido en el apartado 14.

Es algo tan claro, en lo que podíamos llamar análisis de costes o estructura del margen empresarial, que no parece que hubiera que aplaudir la certeza del SDC: No obstante si tenemos en cuenta el contexto sociológico y la presión mediática ejercida por los colectivos de usuarios de la red, es de agradecer, que alguien, en este caso el SDC, aportara algo de sensatez, aunque sea declarando o reconociendo lo que per se era tan evidente.

A la vista de todo lo anterior, la conclusión es totalmente diferente a lo manifestado por los recurrentes. Frente al supuesto beneficio para las empresas de ASIMELEC, estas se encuentran ante un perjuicio de sus costes, por lo que la realidad era totalmente diferente, al verse las mismas abocadas a una negociación como mal menor, ante un panorama judicial francamente complejo. De manera literal en este sentido la Resolución dice:

“Se entiende, pues, que el interés de ASIMELEC a la hora de sentarse a negociar con las entidades de gestión y firmar el Acuerdo de 31 de julio de 2003 no era otro que aplicar lo dispuesto en el TRLPI en relación con la remuneración compensatoria por copia privada al nuevo entorno digital, con el objetivo de poner paz y dotar de seguridad jurídica al sector, después de haber recolectado varias sentencias condenatorias de fabricantes/importadores de soportes y materiales digitales, y ante la perspectiva de aparición de numerosos nuevos conflictos que se resolverían previsiblemente en el mismo sentido”

Finalmente, una vez analizado el mercado relevante, y fijada la posible posición de dominio de los intervinientes, era necesario que el SDC analizara el tercer elemento integrante de la posible conducta infractora, es decir determinar si se produjo “abuso” de dicha posición de dominio. Tal análisis lo centra el SDC en estudiar la posibilidad de que los importes de la remuneración, y las restantes condiciones del Acuerdo fueran impuestos por las entidades de gestión a ASIMELEC.

En este sentido el SDC reconoce la existencia de cierta presunción de inocencia, por el hecho de la firma del Acuerdo, unido al hecho de los beneficios que el mismo ha supuesto para los deudores, que además se han adherido a él de forma voluntaria. En concreto la Resolución dice:

“..Dicha presunción de inocencia se apoyaría, además, en tres elementos adicionales:

- *Que la firmante de dicho acuerdo, ASIMELEC, reconoce que las negociaciones han tenido lugar y se muestra satisfecha con el resultado de dichas negociaciones y, por tanto con el contenido del Acuerdo.*
- *Que las empresas del sector, miembros o no de ASIMELEC han sido libres de adherirse o no al Acuerdo, en el entendido que la no adhesión no exime a los fabricantes e importadores de materiales y soportes digitales de la obligación legal de compensar a las entidades de gestión por la copia privada (dicha compensación le sería reclamada judicialmente, en último término, por las entidades de gestión legitimadas para ello).*
- *Que el pacto sobre importes es más favorable para los deudores que los dispuesto en el TRLPI, de modo que dichos deudores se benefician, como consecuencia del Acuerdo, de una reducción efectiva de las tarifas, al tiempo que las entidades de gestión garantizan la recaudación”.*

De nuevo a cierta el SDC en su análisis tanto en el fondo como en la forma y no reiteramos más lo dicho hasta ahora, aunque sea totalmente aplicable, también en este apartado.

Finalmente y como era de esperar la Propuesta de Resolución que Servicio

plantea al Tribunal e s la de So breseimiento del expe diente, al haber qued ado acreditado que las Entidades de Gestión y ASIMELEC, no han incurrido en ningú na conducta que infringieran los artículos 1 y 6 de la LDC.

Como conclusión final, y reiterando una vez el acierto de SDC en su a nálisis, superando la fortísima presión mediática existente en ese momento, hay que ind icar que tal claridad no era difícil de conseguir o reflejar, ante la t orpe y burda argumentación de los recurrentes, sobre la que ya nos hemos pronunciado. Dicho esto sin ningún demerito pa ra el Servic io y la Pro puesta de Resolución, cuya valía ya hemos reconocido de forma reiterada.

6.5.3 Análisis de la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia R688/06 de 31-V-2007.

Tras la obligada relación circunstanciada de hechos, e n los que con todo detalle se e specifica, n o sólo los hechos denunciados, sino las diversas fases d el procedimiento administrativo, tanto en la fase de incoación de expediente por parte del SDC, como en la admisión a trámite por parte d e TDC del recurso contra la resolución de archivo, se procede por parte del TDC a la argumentación jurídica de su fallo final desestimatorio en los términos que a continuación comentamos:

En primer lugar la Resolución R688/06 del TDC fue completamente favorable para ASIMELEC, de lo que se felicitaron los deudores, pues desestima de la manera más rotunda los recursos de D. Javier de la Cueva y de la Asociación de Internautas, contra el Acuerdo General entre ASIMELEC y l as Entidades de Gestión. Por si ello fuera poco la Resolución del TDC corrobora el buen criterio que tuvo ASIMEL EC, desde el pu nto de vista de lo s intereses de sus empresas asociadas, al firmar dicho Acuerdo. A modo de muestra, se adjunta un párrafo literal al respecto:

“Las empresas asociadas en ASIMELEC (...) después de varias sentencias condenatorias debieron verse incentivadas a negociar con las entidades de gestión con el objeto de evitar nuevas sanciones a la vez que intentaban conseguir condiciones económicas más ventajosas (...). El resultado del convenio fue la condonación de las cantidades adecuadas hasta la firma del mismo, y ligeras rebajas sobre el importe de remuneraciones futuras respecto a los que marca la legislación.”

En segundo término, y probablemente más allá de lo exigido por su función institucional de defensa de la competencia, el TDC no ahorra críticas a la regulación vigente sobre el canon, lo que probablemente explica por qué tardó tanto en dictar una resolución, sobre el fondo del asunto, que a fin de cuentas supuso dictar una Resolución contra las pretensiones de las comunidades de usuarios, al desestimar las pretensiones de la Asociación de Internautas. Falló a favor del Convenio entre ASIMELEC y las Entidades de Gestión, porque jurídica mente no podía hacer otra cosa, pero intentó dejarlo en una especie de “*libertad vigilada*”, probablemente por esta visión crítica sobre la regulación del canon que aflora en la resolución, acaso sin darse cuenta de que a la mayoría de las empresas del sector de la electrónica, por no decir todas, tampoco les gustaba el canon, pero tenían que adaptarse de la forma más pragmática posible a lo que ordenaba la Ley. Esta visión crítica de la legislación vigente, se observa en algunos párrafos de la Resolución, que también se citan literalmente:

“El Tribunal no comparte con los denunciantes que el posible carácter abusivo derivado de la aplicación indiscriminada del denominado “canon de los CDs y DVDs” sea consecuencia de la firma del convenio denunciado, dado que la obligatoriedad del pago por parte de los deudores existía antes de la firma del mismo, la crea la legislación y la ratifican los tribunales (...)

No es el convenio firmado el 31 de julio de 2003 el origen de los posibles abusos que se están produciendo como consecuencia de la remuneración por copia

privada (...) sino la propia regulación vigente (...).

Y aún más, la ausencia de normas reglamentarias que en la propia Ley se anuncia que deberá ser aprobada, pero que nunca se ha llevado a cabo, estaría favoreciendo la continuidad de esta situación.”

En tercer y último lugar, probablemente por ello, como antes se decía, el Tribunal se ve obligado a confirmar que el Convenio entre ASIMELEC y las Gestoras, es escrupulosamente legal o, en otras palabras, acorde con una legislación que no se recata en afirmar que puede ser abusiva; de ahí la paradoja de que, pese a confirmar su legalidad, intente mantenerlo, como antes se decía, en una especie de *libertad vigilada*, esto viene claramente reflejado en estos literales:

“Dado que existe un cambio regulatorio, derivado de la Ley 23/2006, de 7 de julio, que, en lo que respecta a la copia privada, podría afectar directamente al convenio firmado en el año 2003 sería procedente analizar si el convenio aquí estudiado y aún en vigor es compatible con esta nueva regulación”.

“Dos son, al menos en la apreciación del Tribunal, los cambios introducidos en la regulación que podrían afectarle: (1) el procedimiento para llegar a los soportes afectados por la remuneración por copia privada y su importe, y (2) los límites al derecho a la propiedad intelectual regulada en la Ley.”

“Respecto al primero de los cambios (...) las reglas establecen que cada dos años los ministerios mencionados deberán iniciar el procedimiento para determinar los elementos sujetos al pago de la remuneración y el importe, y que las partes interesadas dispondrán de cuatro meses para comunicarles los acuerdos alcanzados o, en su caso, la falta de acuerdo. El convenio de 2003 no ha seguido, evidentemente, este procedimiento, por lo que debería revisarse la cobertura legal de la que dispondría con arreglo a la nueva Ley”.

“Respecto a la segunda de las modificaciones, se ha redactado nuevamente el artículo 31, que en la Legislación de 1996 regulaba la “Reproducción sin autorización” y en la actualidad se ha ampliado para incluir la copia privada, siendo su título actual “Reproducciones provisionales y copia privada”.

Por ello, en el Fundamento Jurídico Noveno dice que sería oportuno que el Servicio analizase el alcance que podrían tener los cambios regulatorios introducidos por la Ley 23/2006, sobre el Convenio.

Está claro que la observación que remarca el TDC con el número 2 difícilmente podría ser problemática, toda vez que el derecho de copia privada existe no solamente después de la reforma, sino más todavía antes de ella. Por lo que se refiere a la observación 1, y el inquietante “al menos” que señala el TDC, en cuanto a los cambios legislativos que podrían afectar al Convenio, sin duda son ya cuestiones de más relevancia, lo que supone una diligencia constante por parte de los dueños, en la ejecución del Acuerdo ante esa actividad vigilante del TDC.

6.6 DENUNCIA ANTE EL DEFENSOR DEL PUEBLO

Ya hemos indicado en el capítulo anterior, la auténtica revolución que se produjo entre los usuarios, especialmente en las comunidades internautas y de la red, en contra del Acuerdo entre ASIMELEC y las Entidades de Gestión, por entender que había sido dicho acuerdo, el origen del canon digital, y lo que es más absurdo aún que este canon favorecía a las empresas, cuando la situación era justamente la opuesta. Si desde un primer momento, hubieran tomado conciencia que el origen del problema era la ley que establecía la institución jurídica del canon, y lo regulaba de una forma tuitiva a los intereses, de los titulares de derechos de propiedad intelectual, es probable que sus reivindicaciones hubieran tenido más éxito en el ámbito jurídico, y no

sólo en el mediático.

Esta confusión, real o interesada, en cuanto al origen del problema, propició que la búsqueda de jurisdicciones, instituciones y organismos públicos o privados, que a juicio de los usuarios pudieran serles útil a sus intereses, fueran usados por los mismos, con poco acierto, como era de esperar, dada su confusión ab initio.

Entre esas instituciones, destaca por su importancia, junto a la ya analizada del Tribunal de Defensa de la Competencia, la respuesta que el Defensor del Pueblo dio al escrito presentado en su día sobre esta materia, y que pasamos a analizar.

En efecto en el mes de septiembre del año 2003, poco después de la fecha de inicio de la vigencia del Acuerdo, la AI (Asociación de Internautas), dirigió un escrito al Defensor del Pueblo, en el que reclamaba la ayuda de la institución, frente al canon digital por considerarlo ilegal, en base a los argumentos ya esgrimidos en otras ocasiones, como el carácter indiscriminado y arbitrario del mismo.

Lo cierto es que no queda claro qué tipo de reacción o apoyo se pretendía por parte del Defensor de Pueblo. Y de nuevo tenemos que aludir a cierta torpeza jurídica, por parte de los colectivos reclamantes, que sin duda envalentonados por sus éxitos mediáticos, consideraron que los mismos eran reproducibles o replicables, en el ámbito jurídico. O bien, y esto es lo más probable, las acciones jurídicas les servían como contenidos mediáticos, para concienciar y estimular a una opinión pública que rechazaba de plano el canon digital.

Realizamos la afirmación anterior, en el convencimiento que los reclamantes que remitieron el escrito al Defensor de Pueblo, no tenían muy claro si lo que pretendían eran estimular la acción de la Institución, para que de conformidad con la legitimación otorgada por el artículo 162 de la CE, interpusiera recurso de inconstitucionalidad o amparo, o bien en base al artículo 54 también de la CE, supervisara la actividad de la Administración en esta materia, dando cuenta a las

Cortes.

Sinceramente, y aún a riesgo de no mantener el rigor jurídico en un trabajo de esta naturaleza, tengo para mí como presunción *iuris tantum*, que la intención de los reclamantes no era ninguna de las dos apuntadas, y ni cualquier otra del ámbito jurídico, sino pura y exclusivamente mediática, en el deseo de llamar una vez más la atención de la opinión pública. Por tanto creo que no procede por su falta de relevancia, profundizar más en la intenciónalidad de los reclamantes, ni en los aspectos jurídicos de su reclamación. Nos centraremos por tanto en la respuesta dada por el Defensor del Pueblo, que sin duda tiene más calado desde un punto de vista técnico y de rigor científico.

Lo cierto es que si quisiéramos resumir la respuesta, que refleja la posición del Defensor del Pueblo, nada mejor que el titular que apareció en varios medios de comunicación de la red, y la breve nota explicativa, que acompañaba al titular. Así se titulaba la noticia como “*El Defensor del Pueblo ratifica la legalidad del acuerdo entre ASIMELEC y las Entidades de Gestión en el tema de CD’s.*” Posteriormente ampliaba este titular indicando lo siguiente: “*El Defensor del Pueblo, a pesar de que considera “legítima la reclamación y comprensible el desacuerdo” de quienes hacen uso normal de los soportes digitales, es decir, de quienes no hacen uso de los mismos para defraudar derechos de autor, curiosamente el destino principal de los soportes digitales, estima que al tener “cobertura legal suficiente”, el acuerdo suscrito entre ASIMELEC y las entidades de gestión de derechos, no encuentra “en la misma una irregularidad susceptible de corrección que pudiera motivar” la intervención del Defensor del Pueblo.*”

Con independencia de algún fallo técnico, como considerar que quien copia defrauda el derecho de autor, cuando como sabemos la copia con los requisitos marcados por la ley para la copia privada, no constituye fraude alguno y es legal, no cabe duda que como síntesis, la aportación del medio de comunicación, es francamente interesante.

En efecto el Defensor del Pueblo se mostraba comprensivo con la posible falta de legitimación del canon, pero al mismo tiempo reconocía que la cobertura legal, amparaba la circunstancia de no poder ejercitar, en modo alguno, las facultades que la ley otorga a la Institución. Como vemos una vez más presente el ámbito jurídico, esa pugna entre lo legítimo y lo legal, esa pugna entre iusnaturalismo y positivismo, que nos llevaría a unas reflexiones que sin duda serían de gran calado filosófico, pero que, a nuestro juicio, excede de los límites de este trabajo. Baste decir, que como era de esperar, o dicho en otros términos, como era lógico, en la materia que nos ocupa, el Defensor del Pueblo, se inclina por un positivismo claro, basando el núcleo principal de su respuesta en la cobertura legal del canon, como veremos a continuación.

La respuesta del Defensor del Pueblo, no tiene una estructura de Resolución, y ni mucho menos de sentencia. Su estructura es claramente epistolar, como es lógico, al tratarse de una respuesta a una cuestión planteada asimismo, mediante carta.

Lo primero que hace en el escrito de respuesta citado, es manifestar su comprensión con la reclamación planteada, desde el punto de vista de la lógica normal de las cosas, solidarizándose incluso con el reclamante al que le reconoce la legitimidad de su reclamación. En efecto dice literalmente en escrito de respuesta: *“Es perfectamente comprensible el desacuerdo de quienes utiliza este tipo de material sin darle en ningún caso usos ilegales o fraudulentos en los que no se respete el derecho de propiedad intelectual que corresponde a los autores de cualquier obra. Ciertamente, el tener que abonar un canon por derechos de autor previsto para la cobertura de este supuesto cuando realmente este supuesto no se produce, hace legítima la reclamación y comprensible el desacuerdo.”*

Acierta de pleno el Defensor del Pueblo cuando establece, o mejor dicho coincide con el reclamante en la falta de legitimación del canon. Hemos repetido hasta la saciedad y en varios capítulos de este trabajo, y en especial al referirnos a la naturaleza jurídica de la institución, la misma idea, y es la falta de legitimación de una

institución jurídica que obliga a pagar al usuario, por la copia de una obra protegida por el derecho de autor, que quizás nunca realice y además con carácter previo a la posible generación del daño. Por supuesto que es comprensible la reacción del usuario, y por supuesto que es comprensible, que el Defensor del Pueblo en la labor tutelar de los derechos del Título I de nuestra Carta Magna, reconozca que el usuario está legitimado sobradamente para quejarse.

Lo que no es tan comprensible, es que el Defensor del Pueblo cometa el grave error jurídico, que como hemos visto se hizo eco la prensa, de confundir copia privada con piratería. También en otros apartados de este trabajo, hemos constatado como a veces de manera intencionada o no, se confunden ambos conceptos. Lo que es comprensible para el usuario, no familiarizado con la técnica jurídica, no puede ser aceptado en una institución del prestigio, naturaleza y funciones como es el Defensor del Pueblo.

La alusión al uso “ilegal o fraudulento” que lógicamente se refiere a la vulneración de derecho de autor, en sus diversas manifestaciones, siendo la piratería una de las principales, está totalmente fuera de lugar. Como sabemos, el canon se paga para compensar un daño por la copia que se realiza “legalmente”, al cumplir los requisitos marcados por la ley, para ser considerada copia privada, y por tanto un límite al derecho exclusivo de explotación del titular de la obra. Si hablamos de uso ilegal o fraudulento, nos teníamos que mover en el ámbito, no de la copia privada, y sí en el del ilícito civil o penal, con el correspondiente resarcimiento de daños y perjuicios derivados de esa conducta ilegal o fraudulenta. Insistimos que algo tan sumamente básico en la materia que nos ocupa, es ignorado por el Defensor del Pueblo.

A continuación del reconocimiento dicho anteriormente, continua en su escrito de respuesta, haciendo un reconocimiento, también de todos conocido en aquel momento, como era la dificultad de encontrar fórmulas alternativas al canon, que por otra parte estaban vigentes en otros países de nuestro entorno económico. En concreto dice: *“Sin embargo, en el estado actual de las tecnologías parece difícil hallar*

algún otro mecanismo que permita garantizar en alguna medida el derecho de propiedad intelectual si no es gravando indiscriminadamente la adquisición, la compra y la distribución de los equipos técnicos y los restantes materiales que posibilitan la reproducción de las obras pertenecientes a los respectivos autores.

Así lo ha entendido la Unión Europea y la práctica totalidad de los países desarrollados, en los que con ligeras variaciones se aplica un sistema similar al existente en España. Aquí como usted probablemente no ignore, la denominada “remuneración por copia privada” está recogida en el artículo 25 de la vigente Ley de la Propiedad Intelectual, cuyo texto refundido fue aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996 de 12 de Abril.”

Al igual que en el comentario anterior incurre, a nuestro juicio, el Defensor del Pueblo en aciertos claros, y en algunos errores manifiestos. En efecto acierta, cuando reconoce la dificultad de encontrar fórmulas eficaces substitutivas del canon. En este estudio vamos a dedicar un apartado específico a esas posibles alternativas, o mejor dicho a estudiar qué medidas se pueden tomar para que ambas partes acreedores y deudores vean colmadas sus aspiraciones, manteniendo la legitimidad, la justicia y equidad para el usuario y el autor. Baste de momento anticipar, que esta “cuadratura del círculo”, es ciertamente compleja y de difícil solución, al menos en términos absolutos.

También es un acierto aludir al Derecho comparado, aunque sea una mínima y breve referencia, algo por otra parte lógico en un texto epistolar, como el que comentamos. Y también es un acierto la referencia a la “cobertura legal” del canon.

Lo que a mi juicio es un error palmario, es tratar de justificar la ausencia de alternativas al canon, como consecuencia del “estado actual de la tecnología”. Precisamente es todo lo contrario. A diferencia del que podemos llamar canon analógico, en el que era claro que determinados productos sujetos al mismo, tenían como función, en un alto porcentaje, copiar material protegido, en el mundo digital es

todo lo contrario, y de ahí las quejas de los usuarios, en el sentido que la “multifuncionalidad” que a los productos le otorga la tecnología digital los hace aptos para fines diferentes, a la copia de material protegido. Y es precisamente esa tecnología, la que ha permitido desarrollar medidas de protección que limitan o impiden la copia. Por consiguiente, y alejándonos del criterio del Defensor del Pueblo, el canon no existe, ni puede ser sustituido por otras fórmulas como consecuencia del estado actual de la tecnología, sino que es precisamente esa tecnología, como veremos en su momento la que nos va a permitir explorar fórmulas alternativas. Si bien como digo esta idea será explicitada más adelante, basta por tanto y en el contexto que nos ocupa, dejarla tan sólo apuntada.

A la vista de todo lo anterior y reiterando la “comprensión” con el usuario, concluye el Defensor del Pueblo que: “...desde el punto de vista de las competencias con esta institución no cabe encontrar en la misma una irregularidad susceptible de corrección que pudiera motivar la intervención del Defensor del Pueblo, habida cuenta que existe cobertura legal suficiente”.

Sin embargo y a la vista de la evolución tecnológica, la institución aboga por una revisión de la normativa, lo que permitiría no sólo actualizar contenidos, “*sino también para precisar con detalle los supuestos y actividades sometidos al pago de la “remuneración por copia privada” que en la actualidad mas que del contenido de la ley se derivan de la interpretación y aplicación de diversas sentencias judiciales y de un acuerdo privado entre la asociación que reúne a las empresas españolas de electrónica y comunicaciones y varias sociedades de gestión de autor.*”

Cambia el tono del Defensor de Pueblo, que tras reconocer su escaso margen de maniobra, para cambiar una situación que tiene la adecuada “cobertura legal”, pasa a comentar los pasos que a su juicio hay que dar, y como puede, dentro de sus facultades, influir en que esos cambios se produzcan. Para ello parte, según lo reflejado anteriormente, de reconocer la necesidad de cambio de una situación, que tiene su base definitiva en un acuerdo privado, cuando no sólo la institución del

canon, sino los detalles de productos y tarifas debían de tener su base en una ley y no en un acuerdo privado, má xime a la vista de la evolución tecnológica . Recuérdese aquí nuestros constant es comentarios al hablar en el capítulo de la evolución normativa del canon, de la dejación de la Administración de sus facultad es regulatorias.

En consecuencia el Defensor del Pueblo abogó por un cambio normativo, que además debería ser aprovechado para trasponer al ordenamiento interno el contenido de la Directiva 2001/29 del Parlamento Europeo y d el Consejo relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afine s a los derechos de autor de la sociedad de la información, como norma marco regulatoria⁷⁴. Se compro mete el defensor del Pueblo, en el escrito co mentado a dar cuenta a las Cortes Generales de este extr emo, a través de la oportuna mención en el informe anual del año 2003.

Como valoración final, debemos indicar que salvo algún error que ya hemos comentado, la carta del Defensor del pueblo tiene un valor más de apoyo moral que de acción dire cta de ayuda en la mat eria, como el mismo re conoce en el inciso f inal. Constreñido por la cobertura legal del canon, sólo puede limitarse a informar a las Cortes Generales para promover un cambio normativo, pero nada más. No tiene base para una acción dire cta de inconstituci onalidad o de amparo en el ámbito jurisdiccional, ni cualquier otra acción en e l ámbito administrativo. No obsta nte consideramos que dad a la repercusión mediá tica que e sta intervención produjo, los signatarios del escrito, obtuvieron más retorno del espera do, aunque no se produjera

⁷⁴ PLAZA PENADES, J :Op.cit . Aranzadi.Pag 20:” Por tanto, la Directiva 2001/29/CE no es tan sólo una Directiva que se ocupa de algunos aspectos del Derechos de autor y derechos afines en Internet, sino más bien u na Directiva en l os aspectos más bá sicos de la propiedad intelectual en la era digita l, ya que la Directiva comprende tam bién su explotació n fuera de línea, a trav és d e lo s so portes a ctuales y futuros, tanto de te cnología a nalógica como de tecnología digital.

ninguna acción directa.

**CAPÍTULO 7.- LA LEY 23/2006 DE REFORMA DEL TEXTO REFUNDIDO DE
LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL**

7.1 PREÁMBULO

7.2 NOVEDADES DE LA LEY

7.1.1 Nueva redacción del artículo 25: remuneración compensatoria

7.1.2 Otras novedades de la ley en relación con la copia privada

CAPÍTULO 7.- LA LEY 23/2006 DE REFORMA DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL.

Tras los acontecimientos relatados en el capítulo anterior, y a pesar de la aplicación pacífica de los acuerdos suscritos entre ASIMELEC y las entidades de gestión, solventada además la legalidad e inatacabilidad jurídica de los mismos, estaba claro que la situación no era la ideal.

En efecto no era ideal por varias razones. En primer lugar, a pesar de los resultados positivos, el Acuerdo en todo caso era un instrumento jurídico de naturaleza voluntaria, y por tanto sólo vinculante para aquellos que voluntariamente se adherían al mismo. Además tenía un alcance limitado a sólo una categoría de productos. Por otra parte la necesidad de incorporación a nuestro ordenamiento jurídico, de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos del derecho de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, hacía que todos los agentes afectados considerasen imprescindible la publicación de una nueva ley, que por una parte permitiera cumplir con el mandato comunitario y por otro dotar al sistema de la plena seguridad jurídica. No olvidemos que el plazo para transposición de la citada Directiva era el 22 de diciembre del 2002, según reza el artículo 13 de la propia Directiva, fecha ampliamente sobrepasada, sin cumplimiento de tal obligación por el Reino de España, en terminología comunitaria.⁷⁵

⁷⁵ PLAZA PENADES, J. : Op. cit, (2009), Aranzadi. Pág 30: "... máxime si se piensa que la Directiva 2001/29/CE se debía de haber incorporado a nuestro derecho a más tardar el 22 de diciembre de 2002, y ese retraso de casi cuatro años motivó la adopción de medidas por parte de la Comisión Europea a través de la Sentencia dictada por el Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 28 de abril de 2005, asunto C-31, que condena a España por el incumplimiento de las obligaciones que se derivan de la aludida directiva, a parte de permitir la aplicación sobre la responsabilidad de la Administración Pública por no haber incorporado a tiempo la Directiva."

Al mismo tiempo, era necesario establecer una regulación que adaptara la institución de la copia privada, a la realidad tecnológica del mundo digital, que superara los límites del Acuerdo y que en definitiva, regulara todas las vertientes de la institución. Es por ello por lo que el Gobierno aprobó el proyecto de ley por el que se modifica el texto refundido de la ley de Propiedad Intelectual aprobado por el Real Decreto 1/1996 de 12 de abril, y que tras el oportuno debate parlamentario se convierte en ley con fecha 7 de julio del 2006 y publicada en el BOE el 8 de julio del mismo año.

Ni que decir tiene que el debate parlamentario aludido, sin duda alguna, fue apasionante, más desde el punto mediático que jurídico.

La polémica que en su día se produjo con el acuerdo entre ASIMELEC y las entidades de gestión, prácticamente se reprodujo en relación con el proyectos de ley, que según avanzaba en los diferentes hitos del “iter legis”, propiciaba toma de postura y campaña de comunicación con diferentes planteamientos, obviamente interesados, en función de los fines perseguidos. No vamos a reproducir por tanto la polémica, por no ser reiterativos en lo ya dicho, sino tan sólo destacar como resumen, dos ideas ya apuntadas: primero la influencia que tuvieron los colectivos de usuarios de la red e internautas, y segundo de nuevo, a nuestro juicio, el error de plantear un objetivo absolutamente maximalista, como era supresión del canon, cosa, a mi juicio, imposible por el compromiso político del gobierno con los colectivos de autores y artistas, en lugar de luchar por mejoras y límites en el sistema, que paliaran el efecto negativo que hasta la fecha había generado la institución.

Centrados en los aspectos jurídicos, se trata de una reforma de profundo calado, que no sólo alcanza a la institución de la copia privada, aunque sea la más afectada, sino que otras materias, como por ejemplo la introducción de todo un nuevo capítulo relativo a las medidas tecnológicas, son objeto de regulación.

Desde un punto de vista sistemático la ley se estructura en un Preámbulo y un Artículo Único, en el que se enuncia que el Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, “se modifica en los siguientes términos”, procediendo a continuación a enunciar los artículos objeto de modificación. Lógicamente centraremos nuestro análisis en Apartado Cuarto de este Artículo Único, en el que se recoge la nueva redacción del artículo 25 del Texto Refundido, sin perjuicio de hacer referencia a otros apartados del citado artículo, en la medida que tienen conexión con la materia que nos ocupa.⁷⁶

7.1 PREÁMBULO

Se estructura el preámbulo en cinco apartados, en los que como es habitual se van especificando tanto las razones o motivos que provocan la reforma, así como un avance de aquellos puntos más destacados, que posteriormente serán objeto

⁷⁶ PLAZA PENADES, J (2007): “Comentario artículo 25” en la obra colectiva coordinada por RODRÍGUEZ TAPIA, J.M..”Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual”. Madrid. Thomson Civitas. Pág.211: El artículo 25, que ahora se rubrica “compensación equitativa por copia privada” en lugar de “derecho de remuneración por copia privada”, sigue siendo, con sus veinticinco apartados o puntos, un auténtico despropósito de técnica legislativa, ya que lejos de regular a través de la ley la configuración de los rasgos esenciales de esta “compensación” desarrollándose luego a través del reglamento, lo que ha ocurrido es que lo que deberían ser varios artículos de un reglamento se han llevado a un único artículo de una ley, lo que aparte de convertir el precepto en interminable, dificulta notablemente cualquier reforma o actualización de dicho precepto que necesariamente ha de hacerse por Ley. Además, en el colmo de esta confusión entre ley y reglamento, el último de los apartados de este precepto, el apartado vigésimo quinto, dispone algo tan poco serio para los principios de seguridad jurídica y de jerarquía normativa del artículo 9.3. de la Constitución como que “el Gobierno podrá modificar por vía reglamentaria lo establecido en los apartados 13 a 21” del artículo 25 de la Ley de Propiedad Intelectual”

del adecuado desarrollo legislativo.

Así vemos como se recogen las razones de la reforma, que en parte anunciábamos en un principio y que básicamente van referidas a la necesidad de incorporación de la Directiva citada al ordenamiento español, y a la evolución tecnológica, si bien en este caso hace unas precisiones de especial relevancia, que merece la pena destacar, aunque ya anticipamos que el texto normativo, a nuestro juicio, no es demasiado consecuente con ese planteamiento. En concreto dice el Preámbulo: “... *evolución tecnológica y su incidencia en el nivel de desarrollo de la sociedad de la información en España, atendiendo en este último caso a las oportunidades que el avance de la tecnología digital y de las comunicaciones suponen para la difusión de la cultura, para la aparición de nuevos modelos económicos y sociales, para el mayor y mejor disfrute de los ciudadanos, sin que nada de esto haya de suponer menoscabo en la protección de los creadores*”.

Por tanto eleva la evolución tecnológica a la categoría de fenómeno social-no es para menos-, pero que brinda todo un conjunto de nuevas oportunidades y nuevos modelos de disfrute para los ciudadanos. Este reconocimiento del profundo cambio tecnológico y social, no se corresponde con el hecho que para determinadas instituciones, como la que nos ocupa de la copia privada, se diga que “... *se han intentado mantener los principios ya asentados en nuestro ordenamiento ...*” No deja de ser llamativo el respeto que el legislador tiene por mantener el status jurídico de esta institución, a pesar de los profundos cambios producidos en diversos aspectos, técnicos, económicos y sociológicos. Reconozcamos que, al menos en principio, los dos postulados enunciados son contradictorios. A favor de esta postura inmovilista podemos citar a PLAZA PENADES, J.⁷⁷

⁷⁷ PLAZA PENADES, J.: Op.cit. Aranzadi (2009). Pag 20: “... la protección de la propiedad intelectual no requiere que se definan para estas nuevas modalidades de explotación nuevos conceptos jurídicos, salvo la consagración de un nuevo derecho de puesta a disposición de las obras para su acceso *on demand*; esto es, la posibilidad de acceder a la creación intelectual cuando quiere el usuario y en el momento en que desee; estando

Otros aspectos relevantes de este Preámbulo, podemos resumirlo en los siguientes apartados:

- En primer término podría decirse que las Entidades de Gestión perdieron una de las batallas más importantes que habían planteado, y de la que no han hecho dejación posteriormente en otros ámbitos jurídicos, y es la de imponer el canon sobre las líneas ADSL, aparte, por supuesto, de que tampoco lo consiguieron en los discos duros de ordenador.

Como cita literalmente el Preámbulo : “Se precisa la compensación que los sujetos obligados al pago, definidos en el apartado 4.a) del citado artículo 25, deberán de abonar a los acreedores y **se excluyen expresamente los discos duros de ordenador, sin que haya sido necesario explicitar la exclusión de las conexiones ADSL, dado que éstas no son, por su propia naturaleza, ni equipos, ni aparatos, ni soportes materiales susceptibles de reproducir**, sino que son meras conexiones, por lo que en ningún caso podrían quedar sujetas a pago de ninguna clase, en atención a unas reproducciones de imposible realización.”

Insistimos que esta declaración, a pesar de no pertenecer a la parte dispositiva de la ley, con las consecuencias lógicas de su eficacia jurídica limitada a meros aspectos interpretativos, tiene un profundo calado, pues marca una pauta, que reiteramos ha condicionado los intentos normativos propiciados por las Entidades de Gestión, que al día de hoy siguen sin renunciar al mismo y es objeto de constante reivindicación. Si en su día no prosperó un canon de copia privada, se intentó y se sigue intentando la imposición de un canon de otra naturaleza. Cualquier medida recaudatoria será bienvenida por las entidades de gestión, para gravar un elemento tan atractivo, como unas conexiones telemáticas tan importantes como las ADSL.

disponible la obra en todo momento.

- Se alude en el Preámbulo a un aspecto importante como es el de los límites al derecho de los autores, para autorizar la reproducción de la obra y no sólo el obligatorio, según la Directiva Europea, relativo al almacenamiento técnico, sino también otros nuevos derivados de necesidades docentes e investigadoras; pero el más importante a nuestros efectos, aunque no sea novedoso, es el límite de copia privada que origina una remuneración compensatoria para los autores, a través de las entidades de gestión.⁷⁸

Como indicábamos anteriormente, la comunidad interna que veía factible la supresión del canon; sin embargo ninguna persona realista podía aspirar, en el actual contexto, marcado además por la Directiva 2001/29/CE, a que se suprimiese lo que ésta denomina *compensación equitativa*. Pero el panorama final no es tan negativo, como esas comunidades de usuarios trasladaron a la opinión pública, sobre todo si se tiene en cuenta las expectativas de las entidades de gestión antes y durante la tramitación del proyecto de Ley.

-Uno de los puntos más satisfactorios para las empresas electrónicas, en la redacción final de la ya Ley 23/2006 es la VINCULACIÓN DEL CANON AL PRECIO DEL EQUIPO Y/O SOPORTE, al establecerse un criterio de *proporcionalidad*⁷⁹-al que

⁷⁸ LOPEZ RICHART, J: Op. cit. Pág. 202: “La copia privada recibe un tratamiento diferenciado, porque no sólo queda en manos de los Estados el reconocimiento o no de dicho límite, sino que, de incorporarlo a su ordenamiento interno, el legislador nacional es libre también de establecer o no disposiciones que garanticen la efectividad del mismo frente a las medidas tecnológicas que eventualmente puedan implementar los titulares de derechos.

⁷⁹ PADROS REIG, C. Op. cit. Pág. 229: “El último criterio que la Ley ha señalado es que el importe de la compensación aplicable a los distintos equipos y soportes sea “proporcionado económicamente respecto del precio medio final al público de los mismos”. Se trata de un criterio vago y de difícil interpretación, que fue objeto de dura discusión durante la tramitación parlamentaria de la Ley. Parece que lo que hay que entender es que no debe existir una

se aludirá a la estudiar la redacción final del artículo 25 LPI - que impide situaciones tales como que un DVD que podía ponerse en el mercado -impuestos incluidos-, para el consumidor final, por 30 céntimos de Euro, pase a costar, por el *inequitativo* impacto del canon el TRIPLE; es decir 30+ 60= 90 céntimos de Euro... al menos antes de la reforma legal y como consecuencia de la aplicación del Acuerdo entre ASI MELEC y las Entidades de Gestión....

- Especial referencia se hace en el Preámbulo de la Ley a las medidas de protección tecnológica, que ya fueron una novedad en la Directiva y que son objeto de un capítulo nuevo. En concreto en el Preámbulo se dice: “ *La compensación prevista en el artículo 25 deberá tener en cuenta si se aplican a tales obras las medidas a que se refiere el artículo 161. De este modo se da cumplimiento a lo exigido por la Directiva 2001/29/CE y se habilita al Gobierno para modificar lo referente a la relación entre dichas medidas tecnológicas y el límite de copia privada.*”

-También es otra novedad importante que anticipa el Preámbulo, el artículo 31.bis, que introduce nuevos límites al derecho de autor, entre los que destacan los relativos a personas con discapacidad, que son de estricta justicia: “ *El otro límite, dentro del mismo artículo, se refiere a la discapacidad y viene a sustituir al que antes se observaba para invidentes. Dicho límite se extiende a cualquier discapacidad y afecta a los derechos de reproducción, distribución y comunicación pública. Se exige, como se venía haciendo, que la utilización se lleve a cabo mediante un procedimiento o medio adaptado a la discapacidad y se añaden dos condiciones más previstas en la directiva: que los actos guarden una relación directa con la discapacidad y se limiten a lo que ésta exige.*”

desproporción excesiva entre el precio final del producto y el importe que en dicho precio supone la compensación. Su virtualidad práctica será simplemente servir de tope o techo a la cuantía de la compensación, de modo que dicho importe no sea igual superior al coste de fabricación del propio producto”.

-Mención específica en algo relevante para el régimen de copia privada, como es la supresión del término “copista” que había acompañado a esta regulación desde su inicio, es decir desde el año 1987. Y así de acuerdo con la Directiva, se aclara que la reproducción ha de ser efectuada por una persona física para su uso privado. Esta declaración tendrá un efecto fundamental y determinante en la jurisprudencia comunitaria como veremos más adelante (sentencia Padawan).

El Preámbulo se limita, como no podía ser de otra forma, a destacar esta novedad y baste decir en este momento que, probablemente sea esta una de las novedades de mayor calado en la reforma que nos ocupa, y que por tanto será objeto de un análisis más detallado en el apartado correspondiente.

-Por último citaremos la referencia al doble régimen y tarifa entre los equipos analógicos y digitales, destacando el Preámbulo básicamente la “flexibilidad del régimen jurídico” y la “solución transitoria” para el entorno digital, que a continuación veremos con más detalle.

Obviamente al tratarse de una reforma de especial calado, hay otros aspectos a los que se refiere el Preámbulo de la Ley, que a pesar de su importancia, caen fuera del ámbito de la copia privada, por lo que no son relevantes a los efectos de este trabajo. Veamos, por tanto, la regulación específica que la ley da a las novedades anticipadas en el Preámbulo.

7.2 NOVEDADES DE LA LEY

7.2.1 Nueva redacción del artículo 25: remuneración compensatoria.

El apartado Cuarto del artículo único de la Ley de Reforma del TRLPI, es el que recoge la nueva redacción del artículo 25 que, como sabemos es el que contiene el régimen jurídico de la remuneración compensatoria. Ciertamente es un artículo lo extenso, como ya lo era el original, que incluye 25 apartados en los que va desarrollando todas las vertientes de necesaria regulación de la institución comentada: sujetos de la relación obligacional, importes, equipos afectados, declaraciones, liquidaciones, verificaciones, etc.... Mantiene una redacción y esquema muy semejante al redactado inicial, con las lógicas novedades, propias de la necesaria reforma y que a continuación detallamos:

- **Compensación Equitativa Única** : El apartado primero establece: “La reproducción realizada exclusivamente...originará una **compensación equitativa y única** por cada una de las tres modalidades de reproducción...”

Como no podía ser de otra forma el texto acoge la nueva terminología de la Directiva que del Texto original en inglés “fair compensation”, se tradujo en la versión castellana como “compensación equitativa”. Ya vimos en el capítulo correspondiente a la naturaleza jurídica de la copia privada, como el uso de esta nueva denominación de la institución que nos ocupa, en lugar de la tradicional usada hasta la fecha de “remuneración compensatoria”, tiene un alcance y un calado que va más allá del mero aspecto semántico.

Llama la atención el giro en la traducción del término “fair”, cuya primera acepción es “justa”. Claramente la adaptación del término en la traducción del texto de la Directiva, ya tuvo su transcendencia, pues en lugar del principio de justicia, primó el principio de equidad.

Ya nos referimos en su momento al alcance que al principio de equidad le da a la institución, y como pasamos de un modelo de remunerar un derecho, a compensar un daño, con la transcendencia que esto tiene, o al menos debería tener, en el cálculo de la compensación. Dejamos tan sólo señalada la materia como novedad, pues ya

fue, como decimos, objeto de tratamiento detallado en el epígrafe correspondiente.

-Equipos, aparatos y soportes materiales idóneos : El apartado 2. del reiterado artículo establece:” *Esa compensación se determinará para cada modalidad en función de los equipos, aparatos y soportes materiales idóneos para realizar dicha reproducción, fabricados en territorio español o adquiridos fuera de este para su distribución comercial o utilización dentro de dicho territorio*” .

En este apartado es necesario destacar, que la clave está en el término idóneo que se convirtió en un campo de batalla especialmente significativo entre acreedores y deudores, por la transcendencia que el mismo tenía. La cuestión no es ni mucho menos baladí, y entronca con la naturaleza de la institución y los equipos afectados.

En efecto los acreedores consideraban que, a pesar de la evolución tecnológica de los equipos que, por cierto era una de las razones que motivaban la reforma, los equipos afectados por la copia privada debían ser aquellos que tenían capacidad de copiar, es decir los “idóneos” para copiar, realizasen o no finalmente esas copias.

Por su parte los deudores consideraban que, precisamente por los cambios tecnológicos, y por el hecho que la nueva orientación de las normas comunitarias hacían referencia a “reparar el daño efectivamente causado por la copia”, no todo equipo con capacidad de copia producía dicho daño y por tanto no todo “equipo idóneo” debería de pagar el canon, sino sólo aquel equipo que “ *se utilice preferentemente*” para copiar. Ello suponía, evidentemente, limitar mucho el alcance de la institución, en lo que a equipos afectados se refiere.

Por tanto, con el calado y alcance indicados, la pugna entre los dos colectivos- acreedores y deudores-, para lograr que en el redactado final de la ley, prosperase el termino propuesto por cada uno de los colectivos, tuvo su punto álgido, como era de esperar, en el debate parlamentario, en el que ambas partes desplegaron toda su

capacidad de lobby, para hacer prosperar su postura. Finalmente la balanza se inclinó, como hemos visto, a favor de los acreedores que vieron cómo prosperaba su iniciativa y el término idóneo aparecía finalmente en el texto aprobado por las Cortes.

Sinceramente creemos que, una vez más el carácter tutitivo a favor de los titulares de derecho, primó sobre el espíritu que inspiraba la reforma. En efecto si algo estaba claro, sobre todo a la vista de la Directiva comunitaria, es que estamos ante una figura, que si lo que pretende es reparar un supuesto, daño-fair compensation, o compensación equitativa- no tiene sentido que se tenga que pagar por un equipo, que puede que jamás, produzca ese daño. Por tanto la idoneidad como mera capacidad de producir daño, dio lugar a que al canon digital, rápidamente se le denominara “canon indiscriminado”, como expresión máxima de su injusticia y falta de adecuación a los criterios de la Directiva. En sentido contrario se pronuncia CARBAJO GASCÓN en sus comentarios a la Sentencia Padawan.⁸⁰

Ante tal situación las entidades de gestión argumentaban que, la posible injusticia derivada de lo indiscriminado del canon, quedaba sobradamente

⁸⁰ CARBAJO GASCÓN, F. (2011). “Presente y futuro del canon por copia privada tras la Sentencia del TJUE, de 21 de octubre de 2010 en el caso Padawan”. Madrid. Diario La Ley, Sección Tribuna. La Ley 11922/2011. Pág.8: “En la respuesta a la tercera cuestión prejudicial, el TJUE valida plenamente el sistema de canon, pues no considera necesario verificar en modo alguno que las personas físicas que adquieren dispositivos de reproducción hayan realizado efectivamente copias privadas de obras y prestaciones protegidas ni que, por lo tanto, hayan causado efectivamente un perjuicio a los titulares de derechos,.....Con ello se está confirmando la esencia misma y justificación última de los sistemas de cánones para compensar la copia privada: ante la imposibilidad de controlar el uso real y efectivo que los adquirentes de aparatos y soportes de reproducción hacen de los mismos, es preciso instrumentar un sistema de compensación basado en un canon o gravamen fijado legal o reglamentariamente sobre los equipos, aparatos y soportes de reproducción, por la mera posibilidad que otorgan al usuario privado para realizar reproducciones para uso privado de contenidos protegidos y ante el daño potencial que esa posibilidad de copia puede causar a los titulares de derechos...”

compensado por la aplicación de los criterios de cálculo, previstos en el apartado 4 del artículo comentado, referido a aquellos criterios que deben ser tenidos, por los negociadores del canon, a la hora de calcular el importe del mismo, y a los que posteriormente nos referiremos. En concreto se referían las entidades de gestión, a la letra b) del apartado mencionado, cuando fijaba como criterio al “grado de uso de dichos equipos...”. Ciertamente la introducción de este principio que, directamente se refiere al uso de los equipos, supone un avance frente a situaciones pretéritas. Si a la hora de hacer el cálculo de la cantidad a pagar, el uso efectivo debe ser tenido en cuenta, qué sentido tiene la idoneidad como criterio que obliga a pagar, tan sólo por la capacidad de copiar, se copie o no efectivamente.

Lo que en realidad pretendía ese criterio fijar, no era tanto el nivel de uso, como “la intensidad” del uso, en el sentido de no graduar con el canon a aquellos equipos cuya incidencia en el daño causado es francamente irrelevante. Criterio este introducido ya en la propia Directiva, en su Considerando 35, conocido como regla de minimis, cuando dice: “....*Determinadas situaciones en las que el perjuicio causado al titular del derecho haya sido mínimo no pueden dar origen a una obligación de pago*”. Por tanto la justificación de las Entidades de Gestión carecía de fundamento, pues ese criterio no tenía la suficiente entidad para paliar la declaración de idoneidad antes comentada, pues un criterio interpretativo o corrector de cálculo, no tiene la misma entidad que la aplicación de un principio básico.

La confirmación de lo anterior lo veremos más adelante, cuando comprobemos el resultado de la negociación y posterior orden ministerial, a falta de acuerdo. Comprobaremos que este criterio, lamentablemente, junto con los restantes especificados en este epígrafe de la ley, no fue tomado nunca en consideración, por lo que el tal supuesto efecto corrector de lo indiscriminado del canon, nunca se produjo.

Matización al concepto de deudor: Introduce la ley una importante novedad que, supone una mejora respecto al régimen anterior, y que al mismo tiempo implica arreglar una situación que, suponía un agravio comparativo con la fabricación

nacional. En efecto y a pesar que todo el fenómeno de deslocalización económica, había producido un cierto éxodo en la industria nacional, no es menos cierto que al menos, en lo que se refiere a soportes de grabación existía una importante industria nacional, con anterioridad a la publicación de la ley.

Dentro de los principios liberales de economía de libre mercado, que inspira nuestra Ley de Leyes y que son el fundamento de nuestro sistema económico, no cabe ni tan siquiera plantear, cualquier medida de protección de la industria nacional, más aún en un entorno económico europeo, donde los principios de libre circulación, de personas, mercancías y bienes, son unos de los principios básicos de los tratados comunitarios. Pero es que en el caso que nos ocupa, era todo lo contrario. Veamos cual era esa discriminación.

Nada mejor para ello, que analizar un supuesto de hecho, o mejor dicho un proceso de comercialización. Pensemos en un fabricante español que, una vez fabricado el producto, imaginemos, CDs vírgenes, procede a su comercialización. En ese momento se ve obligado por imperativo legal a incluir el canon en la factura, con independencia del destino final del producto. Imagínenos asimismo que el comprador es una empresa, con una amplia red de centros comerciales que pretende editar unas serie de reglas de seguridad, en relación con esos centros y que quiere establecer en los mismos, incluidos los cursos de formación del personal, etc.. Pues bien ese cliente tenía que abonar el canon al fabricante, dado que es deudor según los términos del artículo 25 del TRLPI. Pensemos ahora en ese mismo ejemplo, que la empresa ante el número de DVDs a comprar, acepta la oferta de un distribuidor de Portugal, que por supuesto no le cobra canon alguno, y dado que es para su consumo interno y no hace ningún acto de comercialización en el mercado español, esa empresa no paga el canon.

Es claro a la vista del ejemplo anterior, que la discriminación era evidente para el fabricante español, quien se ve obligado a vender al cliente el producto con el diferencial de precio, que supone el canon frente al distribuidor extranjero, que siempre

podía realizar una oferta más competitiva en precio.

Queremos significar que, el ejemplo planteado no es una elucubración más o menos intencionada, a unos fines de maximización de alcance del canon, o un planteamiento interesado a favor de una determinada argumentación. Es un ejemplo de un caso real, mutatis mutandis aplicable a uno de los cuerpos de la seguridad de estado, que en un momento determinado estableció unas reglas generales para su cuarteles en todo el territorio nacional, que reflejó junto con un protocolo de actuación de seguridad en recintos públicos, en unos DVD, adquiridos a un distribuidor de Andorra, que evidentemente realizaba una oferta más competitiva, que el fabricante español. Es decir existió, al menos que conozcamos, un caso real y concreto de discriminación.

El supuesto que nos ocupa, es un claro ejemplo de cómo el canon puede distorsionar un mercado, alterando las reglas naturales o mercantiles de funcionamiento del mismo. Cuando a veces se decía, por parte de los deudores, que el canon producía efectos contrarios a su propia esencia, es decir, la defensa de los intereses de los autores, se solía calificar tal expresión como exagerada y no ajustada a la realidad. Creo que la realidad era palmaria y clara, en lo que nunca debió ser una consecuencia del canon, como era un perjuicio claro a la industria nacional, con cierre y liquidación de empresas y pérdidas de puestos de trabajo.

Lógicamente los deudores se esforzaron, en que en la nueva ley tal mecanismo pudiera ser matizado, en el sentido de evitar los efectos antes indicados. Y en efecto así se consiguió, introduciendo en el apartado 4 del artículo 25, y asimismo en el apartado a) del artículo 12 a), la expresión “*en tanto actúen como distribuidores comerciales*”, expresión que estuvo amenable en el trámite de enmienda parlamentaria, pero que finalmente, y con no poco esfuerzo de los representantes de los deudores, permaneció en el texto definitivo, en los siguientes términos:

“4. En relación con la obligación legal a que se refiere el apartado 1, serán:

a) *Deudores: Los fabricantes en España, **en tanto actúen como distribuidores comerciales**, así como los adquirentes fuera del territorio español, para su distribución comercial o utilización dentro de éste, de equipos, aparatos y soportes materiales previstos en el apartado 2.*

Los distribuidores, mayoristas y minoristas, sucesivos adquirentes de los mencionados equipos, aparatos y soportes materiales, responderán del pago de la compensación solidariamente con los deudores que se los hubieran suministrado, salvo que acrediten haber satisfecho efectivamente a éstos la compensación y sin perjuicio de lo que se dispone en los apartados 14, 15 y 20.

b) *Acreedores: Los autores de las obras explotadas públicamente en alguna de las formas mencionadas en el apartado 1, juntamente en sus respectivos casos y modalidades de reproducción, con los editores, los productores de fonogramas y videogramas y los artistas intérpretes o ejecutantes cuyas actuaciones hayan sido fijadas en dichos fonogramas y videogramas.*

Vemos como en el literal de la nueva redacción de l artículo, se mantiene prácticamente idéntica, la redacción del mismo apartado del TRLPI, salvo el ajuste sistemático del párrafo segundo, en lo relativo a la responsabilidad solidaria de los distribuidores, mayoristas y minoristas, y la frase comentada.

No cabe otra valoración que la de muy positiva, por la introducción del inciso comentado, a pesar de los esfuerzos de los representantes de los acreedores, de eliminarlo en el trámite parlamentario, basándose en que podía constituirse en una fuente de fraude en el pago del canon. Grave error de los acreedores que siempre vieron la amenaza, donde precisamente menos se podía producir. Es evidente que una empresa española era más fácilmente controlable, tanto por las instituciones públicas, como por las entidades de gestión, en el ejercicio del derecho de verificación, que un distribuidor situado fuera de España, como posteriormente tuvieron oportunidad de comprobar dichas Entidades de manera flagrante.

Sin embargo no introducir la expresión comentada, en lo que supone una clara equiparación del fabricante con el distribuidor, hubiera sido mantener una situación de injusticia, insostenible y no deseada por nadie. Por tanto hay que aplaudir que finalmente en el trámite legislativo, se mantuviera la propuesta de redactado inicial, que posteriormente se vio reflejado en el literal citado anteriormente.

-Importes: La principal novedad que se produce en este apartado, de vital importancia como podemos imaginar, pues ello determina los niveles de recaudación y de impacto en las empresas, es la distinción entre dos tipos de tarifas en función del tipo de producto: analógico o digital, que se vea afectado por el canon.

Es un importante acierto de la nueva ley el establecimiento de esta distinción, en función de la tecnología que se aplique. En efecto por un lado, es claro y hemos argumentado ampliamente, la necesidad de regímenes jurídicos diferentes, a los diferentes tipos de productos, pero además por otro lado, en la fecha de la publicación de la ley todavía el parque de equipos analógicos que se ponía en el mercado, sobre todo en el ámbito de la reprografía, era importante, y por tanto necesitados de su regulación específica.

A tal efecto, la ley dedica el apartado 5, a la tarifa analógica, reproduciendo prácticamente la tarifa vigente hasta la fecha y prevista en el TRLPI, con la necesaria conversión a Euros, del redactado inicial en pesetas, y en este sentido no supone ninguna novedad relevante. Tan sólo destacar que, en el apartado de reproducción de libros, en la tarifa correspondiente a *“equipo o aparato con capacidad de hasta nueve copias por minuto”*, no mantiene la tarifa reflejada en TRLPI que, en una conversión aritmética podría equivaler a 45.08 € (antiguas 7.500 pesetas), sino que sin embargo establece una tarifa, para el segmento de equipos indicado de 15 €. La razón es que a pesar de los reiterados esfuerzos de los representantes de los acreedores en el trámite parlamentario de enmienda, de recuperar los 45.08 € del texto inicial de la ley, se mantuvo la cifra que se había reflejado en los acuerdos suscritos entre ASIMELEC

y la Entidad de Gestión, CEDRO, donde se había fijado esos 15 €, por la ampliación de equipos afectados, y que ya comentamos en el capítulo correspondiente.

La principal novedad por tanto, proviene de la fijación de la tarifa digital, a la que se refiere el apartado 6 del artículo que comentamos. Y en este sentido lo primero que hay que significar es que la ley no establece tarifas, sino el método o procedimiento para fijar las tarifas.

En esa fijación que, en un tono sin duda excesivo por mi parte, califico de patológica en esta materia, por parte de la Administración y en este caso de nuestro poder legislativo, de llegar a una tarifa, a través de un consenso entre las partes, que desde el año 1989 hasta la publicación de la ley, año 2006, nunca se consiguió, se establece todo un procedimiento de negociación, afortunadamente mucho más simple y con peculiaridades, que superaron con creces deficiencias de experiencias anteriores, ciertamente frustrantes, como hemos visto en capítulos anteriores. En cualquier caso no deja ser peculiar que, de nuevo se acuda a un procedimiento que se vio abocado al fracaso, durante más de diecisiete años. Con los evidentes matices, no cabe duda que mi calificación anterior de “fijación patológica” es, cuando menos excesiva pero cuando más, algo justificada.

Centrándonos en el método de cálculo o procedimiento, establece la nueva ley que en los entornos digitales, se determinará el canon con carácter bianual, a través de una Orden Ministerial conjunta de los Ministerios de Cultura y de Industria, Comercio y Turismo -en adelante Ministerio de Industria-, en principio a partir de los resultados de la negociación entre las Gestoras y los representantes de la Industria.

En concreto el literal de la nueva ley nos dice: ” 6. *Para los equipos, aparatos y soportes materiales de reproducción digitales, el importe de la compensación que deberá satisfacer cada deudor será el que se apruebe conjuntamente por los Ministerios de Cultura y de Industria, Turismo y Comercio, conforme a las siguientes reglas:*

1.^a Con carácter bienal, a partir de la última revisión administrativa, los Ministerios de Cultura y de Industria, Turismo y Comercio publicarán en el “Boletín Oficial del Estado” y comunicarán a las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual y a las asociaciones sectoriales, identificadas por el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, que representen mayoritariamente a los deudores a los que se refiere el apartado 4, el inicio del procedimiento para la determinación de los equipos, aparatos y soportes materiales sujetos al pago por la compensación equitativa por copia privada, así como para la determinación, en su caso, de las cantidades que los deudores deberán abonar por este concepto a los acreedores.”

Como vemos comienza el proceso con una convocatoria de los Ministerios afectados, para que las entidades de gestión y las Asociaciones más representativas de los deudores, se sienten a negociar con un doble objetivo: por un lado fijar los equipos, aparatos y soportes sujetos al pago, y por otro la determinación de las cantidades a pagar. Nótese como novedad, al menos relevante, el papel protagonista que se le atribuye al Ministerio de Industria, al que coloca en igualdad de condiciones, con el Ministerio de Cultura. Aunque en alguna disposición del TRLPI, se le atribuía al Ministerio de Industria alguna función, (la famosa Disposición Adicional Tercera, nunca aplicada), lo cierto es que en esta materia, quizás por la naturaleza de los colectivos afectados, el Ministerio de Cultura, había tenido un papel protagonista y preponderante sobre los demás. La presencia en situación igualitaria del Ministerio de Industria, no cabe duda que tiene una transcendencia práctica, y refleja un cambio de situación, que quizás se sitúa en el plano de lo político, más que de lo jurídico, pero lo que nos limitamos a señalarlo, como una novedad de transcendencia, como decíamos antes, eminentemente práctica, pero sin profundizar en temas o consecuencias de más calado.

Pues bien, siguiendo con el procedimiento, lógicamente y sin duda, para evitar experiencias históricas de fracaso de procesos negociadores anteriores, se estableció un límite temporal de cuatro meses a esa negociación, durante los cuales las partes deberían llegar a un acuerdo, pues en su defecto sería la Administración, a través de

los Ministerios indicados, la que dictaría una orden ministerial, en la que se recogerían los equipos afectados e importes.

En concreto la ley establecía en el referido apartado 6: *“2.ª, Una vez realizada la publicación a que se refiere la regla anterior, las partes interesadas referidas en ella dispondrán de cuatro meses para comunicar a los Ministerios de Cultura y de Industria, Turismo y Comercio los acuerdos a los que hayan llegado como consecuencia de sus negociaciones o, en su defecto, la falta de tal acuerdo.*

3.ª Los Ministerios de Cultura y de Industria, Turismo y Comercio, en el plazo de tres meses, contado desde la comunicación o desde el agotamiento del plazo referidos en la regla anterior, establecerán, mediante orden conjunta, la relación de equipos, aparatos y soportes materiales, las cantidades aplicables a cada uno de ellos y, en su caso, la distribución entre las diferentes modalidades de reproducción de libros, de sonido y visual o audiovisual, previa consulta al Consejo de Consumidores y Usuarios y previo informe del Ministerio de Economía y Hacienda. Dicha orden ministerial conjunta tendrá que ser motivada en el caso de que su contenido difiera del acuerdo al que hayan llegado las partes negociadoras. En tanto no se apruebe esta orden ministerial se prorrogará la vigencia de la anterior.”

Aspectos relevantes de la norma citada, es que se establece un escenario claro para la falta de acuerdo, que por otra parte era lo más probable, a la vista de las experiencias del pasado, e incluso a la vista de las posiciones adoptadas por las dos partes, acreedores y deudores, en relación con el proyecto de ley, durante la tramitación parlamentaria. Este escenario implicaba que en el caso de transcurridos los cuatro meses sin que hubiera acuerdo, los Ministerios de Industria y Cultura, en un plazo de tres meses deberían dictar una orden ministerial conjunta.

Llama la atención, como esta orden ministerial debía redactarse previo consulta al Consejo de Consumidores y Usuarios, y previo informe del Ministerio de Economía y Hacienda. Fue muy comentado en su momento y, por qué no decirlo, muy criticado el

hecho que en la negociación prevista por la ley, no interviniera ningún representante de los usuarios. A favor de su ausencia, se decía que al tratarse de una obligación civil entre acreedores y deudores, eran estos exclusivamente los legitimados a negociar. Sin embargo por otro lado los usuarios argumentaban, que a pesar de ello, y de la estructura de obligación civil, quien en definitiva pagaba el canon era el usuario, y que por lo tanto debería estar presente en las negociaciones.

No cabe duda que ambas partes tenían su cuota de razón, y a lo que se llegó, consideramos, fue a una solución de compromiso. Si la negociación se planteaba difícil, en un principio, por las razones ya apuntadas, no cabe duda que el riesgo de fracaso hubiera sido aún mayor, si se incluía en la misma, a un colectivo tan sensibilizado y beligerante como lo eran los usuarios. Por otra parte dejarlos totalmente al margen, tampoco parecía estéticamente y políticamente correcto. Por tanto esta consulta que la ley preveía al Consejo de Consumidores y Usuarios, se vio como la solución ecléctica y de compromiso, pero no calmó al colectivo de usuarios, especialmente reivindicativos, que se sentía fuera del proceso.

Más aceptación tuvo la previsión de solicitud del informe al Ministerio de Economía y Hacienda. Qué duda cabe que un análisis de las consecuencias del canon, para nuestra economía y mercados, era absolutamente necesario, para evitar las distorsiones y las consecuencias negativas que, en otras ocasiones se habían producido.

Como hemos visto en el enunciado del apartado correspondiente, se prevé la prórroga automática de la orden ministerial que en su caso se hubiera dictado, en el supuesto que la nueva orden no fuera publicada. En principio podría valorarse positivamente la bondad de la disposición, pues en un esfuerzo garantista trata de evitar, lo que podríamos llamar “vacatio canonis”, es decir que se produjeran conflictos por un retraso en la publicación de una norma, y hubiera dudas sobre el canon a aplicar una vez vencida la vigencia de orden aplicable.

Pues bien esa bondad, queda paliada por la negatividad que supone, que esta prórroga en el fondo se viene en contra de la bienalidad establecida, al principio del texto legal referenciado. En efecto la orden ministerial, que pone fin al desacuerdo entre las partes nace con carácter de bienalidad, lo que sin duda es del todo acertado pues, ello facilita una actualización, al menos cada dos años, de los importes y equipos afectados. La aplicación de esa posible actualización, sin duda contribuiría a la evitación de conflictos y dudas en la aplicación de la norma. Lamentablemente, de nuevo la actitud timorata de la Administración, que en esta materia huye de cualquier desgaste mediático y polémica, ha dado lugar en la práctica a que las prórrogas han sido automáticas, y que ni tan siquiera se ha planteado la convocatoria del proceso negociador para culminar en otra orden, de contenido actualizado. Por tanto y dada la evolución de vértigo que tiene la tecnología en esta materia, empezaron a reproducirse problemas de la misma naturaleza, que en épocas pretéritas. Por tanto la conclusión es que el avance que supuso la bienalidad, ha quedado matizado por la posibilidad de prórroga, de nuevo debido a la actitud timorata de la Administración y de los poderes públicos..

-Criterios: Sin duda fue uno de los apartados que más expectativas crearon en el colectivo de deudores. En efecto la coherencia de los criterios planteados, como a continuación veremos, por un lado, así como en el carácter imperativo del mandato legal, “*deberán tener*”, por otro, hizo concebir, por primera vez una cierta esperanza, en el hecho de que la aplicación de criterios actuarían, como elemento corrector de los excesos anteriores, matizando lo indiscriminado de su aplicación y su concreción al ámbito marcado por la Directiva, y en definitiva la nueva tendencia en la materia, en el sentido de circunscribir la cantidad a satisfacer, al daño realmente producido. En definitiva estos criterios nos marcan claramente la diferencia entre la institución anterior a la Directiva, “remuneración compensatoria”, concebida como decía parte de la doctrina, “como una nueva forma de explotación del derecho de autor”, al nuevo enfoque dado por la Directiva, que nos habla de “compensación equitativa”, y que huye del concepto de explotación para hablar de compensación de “los perjuicios causados” (Considerando 38 de la Directiva 2001/29/CE).

Podría pensarse, que los deudores pecaron de cierta ingenuidad, al creer que estos principios actuarían de manera decisiva como factores correctores de los excesos pretéritos. No obstante esta “ingenuidad”, estaba más que justificada por varias razones: por un lado todo el entorno mediático y sociológico, estaba a favor de esos criterios o “límites”, por otra parte el nuevo enfoque era claro en todo el contexto de la Directiva y la reforma legal, y por último el tenor literal de la norma era determinante. En efecto decía el apartado cuarto, del epígrafe sexto de artículo referenciado: *“Las partes negociadoras dentro del proceso de negociación y, en todo caso, los Ministerios de Cultura y de Industria, Turismo y Comercio, a los efectos de aprobación de la orden conjunta a que se refiere la regla anterior, deberán tener en cuenta, entre otros, los siguientes criterios...”*

La norma no puede ser más clara y determinante. Los criterios deben ser aplicados no sólo en el ámbito privado, sino en el público. Tanto los negociadores en el ámbito de la negociación, como los poderes públicos a la hora de redactar la orden ministerial, deben valorar los criterios referenciados en la ley. Veamos por tanto cuáles son esos criterios

“a) El perjuicio efectivamente causado a los titulares de derechos por las reproducciones a que se refiere el apartado 1, teniendo en cuenta que si el perjuicio causado al titular es mínimo no podrá dar origen a una obligación de pago.”

En línea con lo que venimos diciendo, la ley establece en este apartado un doble criterio, como es la compensación del daño, sobre el que no insistiremos más, por haber sido objeto de análisis en varios apartados de esta tesis. Y por otro lado, el hecho del “daño mínimo” que no puede originar obligación de pago. Con independencia de la alineación de esta previsión legal con lo establecido en el Considerando 35 de la Directiva citada, cuando dice *“Determinadas situaciones en las que el perjuicio causado al titular del derecho haya sido mínimo no pueden dar origen a una obligación de pago”*, no puede ser más coherente ese criterio corrector. En

efecto, pueden haber equipos que sean “idóneos” para copiar, pero su frecuencia de uso y aplicación natural son realmente incidental o despreciable. Excluirlos de la aplicación del canon no puede traer más que consecuencias positivas, pues en algunos casos los esfuerzos para el cálculo del daño eran más costosos que la propia recaudación.

Por citar un ejemplo en este ámbito, podemos hablar de las agendas electrónicas, también conocidas como PDAs, que en el momento de la publicación de la ley estaban de moda, y que aunque podían tener una función marginal de copia, lo cierto es que en un estudio de hábitos de uso, realizado por Demoscopia para ASIMELEC, resultaba que tan sólo el 0,5% de los encuestados habían usado alguna vez las PDAs para copiar un contenido protegido. Los propios acreedores asumieron que no tenía sentido incluir tales equipos en el ámbito de la negociación por su escasa incidencia.

b) El grado de uso de dichos equipos, aparatos o soportes materiales para la realización de las reproducciones a que se refiere el apartado 1.

De nuevo nos encontramos, con un criterio corrector de los excesos derivados, de la aplicación del criterio de idoneidad para copiar de los equipos. Si antes veíamos que con independencia de un uso masivo de un equipo el perjuicio era mínimo, no había obligación de compensar, aquí lo que se valora es el nivel de uso de los equipos. En alguna medida ambos criterios están conectados, pues es evidente que el uso reducido de un equipo, normalmente deberá producir un daño mínimo. No obstante como hay excepciones, es perfectamente coherente la inclusión de este criterio de valoración.

Por grado de uso entendemos que se refiere a la norma, tanto en un sentido cuantitativo, como en un sentido cualitativo. En efecto, el grado de uso puede referirse a que un equipo sea usado masivamente por el público en general, o no. O bien puede referirse a que entre la multifuncionalidad del mismo, la función copia sea

sencillamente irrelevante. Ejemplo típico de esto último son los equipos, tradicionalmente llamados de reprografía, que integraban la función de impresión, copia, fax y/o escáner. Estudios de hábitos de uso acreditaban que la función copia en estos equipos eran sencillamente marginal, por razones incluso, de índole económico, pues dado el coste del papel y del tóner era más caro copiar un libro, que comprar el original. Lamentablemente y como luego veremos, a pesar de lo evidente de lo que acabamos de afirmar, los equipos multifunción, comentados, tuvieron que soportar un canon muy superior a su nivel de uso y al daño efectivamente causado.

c) La capacidad de almacenamiento de los equipos, aparatos y soportes materiales.

Se trataba de un criterio de estricta justicia a juicio de los acreedores. En efecto, y a sí era según su opinión, al considerar que cuanto más capacidad de almacenaje, más capacidad de copia existía, y por tanto más perjuicio se causaba a los titulares de derecho. Aunque en un principio, esta ecuación pueda parecer exacta, no lo es tanto si tenemos en cuenta el criterio anteriormente comentado, precisamente del grado de uso.

En efecto la capacidad de almacenamiento, no implica necesariamente que se use esa total capacidad. Cuántos soportes o equipos de grabación no son usados al límite de sus posibilidades. Es claro que ese exceso de capacidad no utilizado, no produce daño alguno, y por tanto en lugar de usarse el criterio para incrementar el importe del canon a satisfacer, debería ponderarse al efecto de reducir el mismo, en función del uso real de ese almacenamiento. Lógicamente esa postura era la defendida por los deudores. En sentido contrario PADROD REIG.⁸¹

⁸¹ PADROD REIG, C. : Op. cit. Pag 229: “.... La capacidad será medida en unidades de almacenamiento de información (Megabyte, Gygabyte, Terabyte, etc.). Sin embargo, no es obligatorio establecer una “fórmula de conversión” de “capacidad a horas de grabación”, cosa que, como hemos visto al hablar del régimen transitorio, resulta de suma importancia en la práctica. Al único que obliga realmente este criterio por tanto es (por ejemplo) a que un

Lo cierto, y como ya va siendo frecuente en esta materia, ambas partes tenían su cuota de razón. No cabe duda que el nivel de almacenaje de un soporte o un equipo, nos da un riesgo potencial, del daño posible a causar. Pero no es menos cierto que no existe razón para pensar, que ese riesgo se va a materializar en su totalidad.

De nuevo como en tantos otros criterios del apartado que comentamos, la solución vino por el análisis de la realidad, a través de los estudios de hábitos de uso, que ambas partes aportaron al curso de la negociación, y que no siempre, lamentablemente influyeron en las mismas, y ni muchos menos en la solución dada por la Administración, a través de la correspondiente Orden Ministerial, como veremos en su momento.

d) La calidad de las reproducciones.

Este criterio claramente está ligado, una vez más, con la evolución tecnológica de los equipos y soportes. Es evidente, que esta evolución puede provocar la aparición de equipos y soportes, con un nivel de prestaciones que garanticen una alta calidad en las reproducciones. Lógicamente esa alta calidad puede ser un incentivo a copiar, pues el nivel de prestación recibida por la copia, es muy semejante al original. De nuevo nos encontramos ante un criterio, que en un principio podría favorecer a los acreedores, que podrían acreditar que a la vista de la situación descrita anteriormente, el incentivo a copiar es mayor, y por tanto el perjuicio es asimismo mayor.⁸²

soporte material con 1 GB de capacidad no puede soportar una compensación menor que otro que tiene sólo 500 MB de capacidad.

⁸² PADROD REIG, C.: Op. cit. Pag 229.” El cuarto criterio se refiere a la “calidad de las reproducciones”. En el caso de los soportes, la regla no tiene demasiado sentido, puesto que no es posible saber a priori cuál será la calidad de la reproducción almacenada. La regla se refiere por tanto lógicamente a los equipos, de modo, que, por ejemplo, sea posible que un grabador de DVD con capacidad para grabar reproducciones de alta definición (HD) esté sujeto

No obstante tampoco la ecuación es totalmente cierta. En efecto cuando se propone, como criterio, evaluar las calidades de las reproducciones, es porque junto a productos muy sofisticados, que permiten copias de alta calidad, existen otros que, quizás pensando más, en volumen de reproducción, no prestan tanta atención al nivel de calidad.

Por tanto, y una vez más, nos encontramos ante un argumento de doble filo para acreedores y deudores. Pues si bien es cierto que se pueden conseguir copias de alta calidad, no es menos cierto que el nivel de equipos necesarios para conseguir tales copias, no siempre está al alcance del público en general. Sin embargo por otra parte la tecnología digital permite la realización de grandes volúmenes de copias, si bien con una clara pérdida de calidad. Ya lo dice la propia Directiva en el Considerando 38, cuando dice “ *la copia privada digital puede propagarse mucho más y tener mayor impacto económico*”.

De nuevo los hábitos de uso de los consumidores, serán los que nos permitirán ponderar la aplicación de este criterio.

e) La disponibilidad, grado de aplicación y efectividad de las medidas tecnológicas a que se refiere el artículo 161.

Dado que dedicaremos un apartado específico a esta materia, baste constatar que entre los criterios a tener en cuenta se citan las medidas tecnológicas de protección⁸³, que sin duda, a mi juicio, son un auténtico límite al ejercicio de la copia.

a una compensación mayor que otro que no tiene dicha capacidad. Se trata, en suma, de gravar en mayor medida los productos de gama alta.

⁸³ PADRÓS REIG, C.: Op. cit. Pag. 229 :” la lista ha de elaborarse teniendo en cuenta la “disponibilidad, grado de aplicación y efectividad de las medidas tecnológicas”, en consonancia con la referencia del art. 31.2 y del art. 161. Con ello se obliga a que la lista tenga

Afirmación esta que tiene una transcendencia que será tratada en el momento oportuno.

En este apartado es necesario resaltar que lo que hace la ley española, es ser fiel con la Directiva comunitaria, que establece claramente que el cálculo de la compensación debe hacerse, teniendo en cuenta estos criterios, y tal efecto indica en el Considerando 35: “ *...El nivel de compensación equitativa deberá determinarse teniendo debidamente en cuenta el grado de utilización de las medidas tecnológicas de protección contempladas en la presente Directiva.*”.

En este sentido también podemos anticipar que, este criterio fue prácticamente ignorado en toda la negociación, y no fue tenido en cuenta tampoco a la hora de dictar la Orden Ministerial. Si duda la idea fomentada y difundida hasta la saciedad, por las Entidades de Gestión, en el sentido de la falta de eficacia de esas medidas tecnológicas, tuvo mucho que ver, en la falta de consideración y valoración de las mismas.

f) El tiempo de conservación de las reproducciones

Factor este a nuestro juicio de escasa transcendencia, pero que sin duda fue incluida por los acreedores, en su ánimo de introducir criterios que pudieran influir en el incremento de los importes a cobrar. En efecto antes veíamos como la calidad de

en cuenta el grado de implantación en el mercado de dichas medidas tecnológicas (fundamentalmente, dispositivos anticopia). Si la protección tecnológica es muy robusta y hay pocas copias privadas en el mercado (cuestión que es posible medir quizás por índices estadísticos), habrá que moderar significativamente la cuantía de la compensación. Puede ocurrir incluso que un aparato o soporte concreto (por ejemplo, una video consola de nueva generación) lleve aparejado un sistema de prevención del copiado tan eficaz que sea prácticamente imposible confeccionar con él una copia privada o almacenarla en su memoria digital. En estos casos, seguramente no deberían estar sujetos al pago de la compensación.

las grabaciones podía influir decisivamente, en el volumen de obras grabadas, y por tanto en el volumen de l daño a compensar. Pues bien, el tiempo de conservación también puede ser considerado como un factor que influye en el incentivo a grabar, y por tanto en daño causado.

Lo cierto que los productos digitales han logrado un nivel de calidad y prestaciones, que hacen que el tiempo de conservación de las reproducciones, se convierta en un criterio irrelevante⁸⁴, a pesar que se argumente que la fijación de un contenido por un amplio margen de tiempo, contribuye a que nunca se opte por adquirir el original. Argumento este que no se sostiene pues, aunque la grabación tuviera una connotación de provisionalidad, no hay ninguna seguridad que el usuario comprara el original en caso de caducar la grabación. En definitiva en el acto de compra influyen factores de diversa naturaleza, independientemente de los comentados, relativos a la posibilidad o no de copia, como hemos indicado en otro apartado de este trabajo.

Como no podía ser de otra manera, este criterio a penas fue considerado en las fases posteriores del procedimiento establecido en la ley.

g) Los importes correspondientes de la compensación aplicables a los distintos tipos de equipos y aparatos deberán ser proporcionados económicamente respecto del precio medio final al público de los mismos.

La vinculación del canón al precio del soporte o equipo, probablemente fue

⁸⁴ PADRÓS REIG, C.: Op. cit. Pág. 230: “El sexto criterio es el del tiempo de conservación de las reproducciones, criterio que se aplica lógicamente a los soportes materiales. Parece que sólo en soportes que contemplen una especie de “borrado automático” o “autodestrucción” informática de las reproducciones almacenadas podría resultar relevante, puesto que el tiempo de conservación real de cada reproducción depende de las condiciones ambientales por lo que no puede tenerse en cuenta en la Ley.”

uno de los puntos más positivos en la redacción definitiva de la LPI, a juicio de los deudores, que confiaron que con este criterio se aportaría algo de racionalidad al hecho real en el momento de la publicación de la ley, que un soporte que costaba de media 30 céntimos de Euro (impuestos incluidos), su precio final fuera de 90 céntimos, por la repercusión del canon, como estaba sucediendo, como consecuencia de la aplicación del Convenio entre ASIMELEC y las Entidades de Gestión.

La esperanza para los deudores provenía del hecho que si de nuevo las Gestoras, en el proceso de negociación, se mostraran inflexibles, al ser el criterio de proporcionalidad, criterio legal, vinculaba jurídicamente a todos y por supuesto también a los Ministerios de Industria y de Cultura, al dictar la correspondiente Orden conjunta; de forma que si dicho criterio no se respetaba, la Orden vulneraría la LPI y esta contravención del principio de jerarquía normativa, podría ser apreciada por la Jurisdicción Contencioso Administrativa, con la consiguiente declaración de nulidad de la Orden conjunta. Argumentación de difícil prueba, sin duda alguna, pero al menos constituía una nueva vía a ese plan de impugnación, en su caso.

Sin perjuicio de que el principio de proporcionalidad, es un concepto jurídico indeterminado y por lo tanto, su alcance dependerá, en última instancia, del criterio de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, entendemos que su límite máximo está en una cantidad idéntica al precio medio final al público del producto; pero nunca superior. De hecho, la definición de *proporción* que da el Diccionario de la Real Academia Española es la siguiente: *Se dice del nombre o del adjetivo numeral que expresa cuántas veces una cantidad contiene en sí otra inferior; p. ej., doble, triple*. En otras palabras, y desde una interpretación gramatical, la cantidad imputable por el canon ha de ser *inferior y nunca superior*, al precio medio final al público del correspondiente aparato -lógicamente excluido el propio canon-.

Ciertamente este criterio, a nuestro juicio, es uno de los más sensatos incluidos en la relación comentada. En efecto ya hemos venido comentando, que el canon debe ser una compensación equitativa a un supuesto daño, pero en ningún caso esta

compensación debe ser un freno al desarrollo del mercado y de la sociedad de la información en general, ni base de un enriquecimiento injusto. No cabe duda que un encarecimiento de los productos, con las distorsiones que hemos comentado anteriormente: inflación, fraude, etc...no es el fin último del canon, y como hemos visto y acreditado en capítulos anteriores, ese canon desorbitado respecto al precio se vuelve incluso en contra de la eficacia recaudatoria. Por tanto la inclusión en la ley de este criterio, no pudo ser más acertada.

Lamentablemente una vez más, este criterio tampoco fue tomado en consideración ni en la negociación, ni en la orden posterior, como veremos en su momento.

-Excepciones: El apartado relativo a las excepciones, siempre fue una materia bastante polémica pues la aplicación restrictiva, que de las mismas venían realizando, las entidades de gestión, provocaba que realmente fueran excepcionales los casos, en los que podía aplicarse dichas excepciones.

El antiguo artículo 25 del TRLPI hacía referencia a esta materia en el apartado 6 del mismo, para establecer en dos apartados principios básicos: por un lado la excepción para las compras hechas por particulares fuera del territorio español en régimen de viajeros, y por unas cantidades que hagan presumir que se destinaran para uso privado en dicho territorio español. Y por otro lado lo que podríamos llamar equipos con fines profesionales, al referirse a la excepción reconocida a los productores de fonogramas o de videogramas y a las entidades de radiodifusión por los equipos, materiales y aparatos destinados al uso de su actividad. Pero aún en este segundo su puesto, era necesario la preceptiva autorización de las Entidades de Gestión.

Como decíamos un régimen bastante excepcional, y controlado por las Entidades de Gestión, que queda incorporado en la nueva ley en el apartado 7 del nuevo artículo 25. No obstante la nueva ley introduce una novedad importante y es la

relativa a los discos duros de ordenador. En efecto dispone la ley en el apartado 7 del artículo 25, lo siguiente : “*b) Los discos duros de ordenador en los términos que se definan en la orden ministerial conjunta que se contempla en el anterior apartado 6 sin que en ningún caso pueda extenderse esta exclusión a otros dispositivos de almacenamiento o reproducción.*”

La excepción es de los discos duros de ordenador y SÓLO de los discos duros de ordenador, por lo que en la primera negociación y aunque debería ser la Orden la que definiera el alcance de lo que es un disco duro, se intentó llegar, sin éxito a un consenso de la definición, y concepto siquiera básico, del disco duro. Obviamente los deudores trataban de incorporar definiciones muy amplias, de manera que el número de equipos afectados por disponer de disco duro fuera lo más amplio posible, o dada las diversas modalidades de disco duro ese concepto fuera el más omnicomprendivo.

En este sentido, de nuevo el Diccionario de la Real Academia Española, venía en ayuda de los deudores, puesto que lo define en términos muy amplios: “*El de gran capacidad, donde se almacenan programas y datos*”. Por lo tanto los deudores trataron de evitar que dicha definición se restringiera a discos duros *magnéticos, fijos*, u otras limitaciones, que sin duda intentarían introducir las Gestoras. Llamamos la atención sobre el hecho de que, con la definición del Diccionario de la RAE, un CD o un DVD podría considerarse *disco duro*, de ahí, insistimos, que el Diccionario de la RAE era un excelente punto de partida de los deudores, para cualquier definición que haya de establecerse.

Evidentemente los acreedores no aceptaron un planteamiento tan amplio, y por tanto tan posiblemente negativo para sus intereses, y como suele pasar se posicionaron en el otro extremo, de manera que para ellos hasta el disco duro de un servidor, por el hecho de ir incorporado al equipo perdía su naturaleza de disco duro, pues sólo a aquel disco duro que podríamos calificar de externo, era el que debería

quedar exento.⁸⁵

De nuevo posturas en contradas y extremas, que la negociación no pudo solucionar y que tuvo que ser resuelto en los términos previstos en la orden ministerial, y que será objeto de análisis en su momento. Baste indicar, que la aplicación práctica de esa definición legal sigue estando llena de problemas interpretativos, que analizaremos con detalle.

El último apartado a destacar es el apartado d) del mencionado epígrafe 7 del artículo 25, cuando dice: “*d) Asimismo, el Gobierno, mediante real decreto, podrá establecer excepciones al pago de esta compensación equitativa y única cuando quede suficientemente acreditado que el destino o uso final de los equipos, aparatos o soportes materiales no sea la reproducción prevista en el artículo 31.2*”.

Ya el TRL PI, preveía una facultad reglamentaria semejante, si bien en un apartado específico fue ra de la regulación de las excepciones, concretamente en el apartado 22, del antiguo art 25, y en unos términos más amplios y complejos, que no era sino un límite a ampliar el catálogo de excepciones, por vía reglamentaria, al exigir determinados requisitos para desarrollar las mismas. Requisitos que desaparecen en el nuevo texto, en el que como vemos el Gobierno podrá establecer excepciones, atendiendo sólo al destino y uso final de los equipos, aparatos o soportes.

⁸⁵ PADRÓS REIG, C.: Op. cit. Pag 221: “Otro de los aspectos que resulta llamativo en la regulación del canon digital es la exclusión no justificada de determina dos soportes o dispositivos que desempeñan un papel fundamental, tanto en la piratería como en las copias privadas. Sirva como muestra la exclusión que el apartado 7 del artículo 25 realiza sobre los discos duros. Si una amplia gama de soportes (CD, DVD, memorias USB, reproductores MP3, etc...) está sujeta al pago del canon, no es fácil entender por qué los discos duros, que son los soportes susceptibles de almacenar mayor cantidad de contenido inspirador del canon, han sido excluidos”

7.2.2 Otras novedades de la ley en relación con la copia privada

Como decíamos en un principio, esta reforma legal tiene un calado y alcance, que va más allá del mero régimen de la copia privada. En efecto materias como la cita e ilustración en la enseñanza, la comunicación pública, derechos morales, etc... son objeto de regulación.

No obstante centrados en la materia que nos ocupa: copia privada y remuneración equitativa. Es necesario hacer referencia a otros apartados de la ley, que si bien no están incluidos en el artículo 25, tienen que ver con la materia que nos ocupa.

Así en primer lugar hay que destacar la novedad que supone el apartado 1 del artículo 31, tradicionalmente relativo a la excepción por copia privada, y que en este caso se refiere a la reproducción provisional, según el siguiente tenor: “ *No requerirán autorización del autor los actos de reproducción provisional a los que se refiere el artículo 18 que, además de carecer por sí mismos de una significación económica independiente, sean transitorios o accesorios y formen parte integrante y esencial de un proceso tecnológico y cuya finalidad consista en facilitar bien una transmisión en red entre terceras partes por un intermediario, bien una utilización lícita, entendiéndose por tal la autorización del autor o por la ley.*”⁸⁶ Sin ánimo de profundizar

⁸⁶ MARÍN RAIGAL, G. Op. cit. Pag 355: ““Los actos de reproducción provisional a que se refiere el artículo 2, que sean transitorios o accesorios y formen parte integrante y esencial de un proceso tecnológico y cuya única finalidad consista en facilitar:

Una transmisión en una red entre terceras partes por un intermediario, o

Una utilización lícita de una obra o prestación protegidas, y que no tengan por sí mismos una significación económica independiente, estarán exentos del derecho de

en una definición que excede a los límites de este trabajo, baste constatar que el carácter de límite del derecho de autor de la copia privada queda reforzado, con la existencia de otro límite que es el que ha quedado descrito⁸⁷, y que altera la sistemática tradicional, relegando el concepto de copia privada al apartado 2 del artículo 31, que ha sido comentado extensamente al hablar de la naturaleza jurídica de la institución.

Otra novedad relevante, que también nos limitamos a citar por ser objeto de tratamiento en otro apartado de este trabajo, es el relativo al número veintiocho, que introduce un nuevo artículo el 161, con una exhaustiva regulación sobre “los límites a la propiedad intelectual y medidas tecnológicas”.

Para finalizar con las novedades de la ley, en relación con la compensación equitativa, y que no están previstos en el artículo 25, debemos referirnos a **Disposición Transitoria Única de la ley**, que a nuestro juicio supuso un enorme problema de inseguridad jurídica.

Dicha Transitoria en su apartado 1 establecía el canon para los entornos digitales de forma provisional, remitiéndose a la Orden ministerial conjunta. Pues bien,

reproducción contemplado en el artículo 2”.

⁸⁷ MARÍN RAIGAL, G. Op. cit. Pag. 353: “La amplitud del concepto “reproducción” determina a priori que dentro de la noción de “reproducciones provisionales” se incluyan una serie de reproducciones de carácter puramente técnico, generadas a partir de la explotación de obras y prestaciones a través de redes telemáticas, y cuya finalidad es la de facilitar la transmisión de la copia digital de la obra o prestación entre dos puntos de la red. Sin embargo, someter este tipo de reproducciones al *ius prohibendi* del titular de derechos haría muy difícil un adecuado y eficaz funcionamiento de Internet, puesto que, como acertadamente ha señalado GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, la reproducción no es sólo un producto de la red sino el *modus operandi* de la misma.

in extremis, en la votación del Proyecto de LPI en el Pleno del Senado, se introdujo el siguiente y último párrafo a la Disposición Transitoria Única de la Ley:

“3. La primera Orden Ministerial que se dicte en aplicación de lo previsto en el apartado 6 del artículo 25 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual tendrá efectos a contar desde la fecha de entrada en vigor de esta Ley.”

Probablemente no se reflexionó demasiado sobre dicho texto, puesto que su redacción originaria derivaba de la Enmienda nº 83 del Grupo Socialista, que fue rechazada por la Comisión, pero se mantuvo como voto particular para su debate en el Pleno del Senado del día 24 de mayo, donde se aprobó casi en su integridad, bajo forma de enmienda transaccional con el Grupo Popular.

La verdad es que el párrafo 3 de la Disposición Transitoria Única constituye, a nuestro juicio un auténtico dislate jurídico, salvo que se interprete una interpretación de conformidad con la Constitución; pues en principio, tal como está redactado, dicho párrafo es flagrantemente inconstitucional; no en vano, el artículo 9.3 de la Ley de Leyes, conagra el principio de seguridad jurídica, o lo que es lo mismo, de *predictibilidad* en la aplicación del Derecho. Si el punto referido se interpretase en su estricta literalidad, podría dar lugar al contrasentido de que los *deudores* del canon lo liquidasen de conformidad con los baremos establecidos en la propia transitoria, que reproducen los acuerdos alcanzados, en su día, entre ASIMELEC y las Gestoras y se encontrasen con que tales baremos se incrementasen luego, con carácter retroactivo, con lo que se verían obligados a asumir costes que no habrían podido repercutir a los consumidores finales, como la Ley establece. Ello se reflejaría en injustas reducciones de beneficios y probablemente incluso en pérdidas, más injustas todavía.

No obstante lo anterior, reiteramos que a nuestro juicio, cabría una interpretación del apartado 3 de la Disposición Transitoria Única, que respete el principio de seguridad jurídica y, por lo tanto, ajustada a la Constitución. Para ello, alguna de las soluciones posibles eran:

-Bien que el importe del canon establecido en la primera Orden Ministerial conjunta, en NINGÚN caso superase el que figura en la propia Ley.

-Bien que la primera Orden Ministerial conjunta contuviese, a su vez, una disposición transitoria, en la que se señalase expresamente que sólo tendrían carácter retroactivo los cánones iguales o inferiores a los establecidos en la Ley 23/2006 de reforma de la LPI, pero no los de cuantía superior.

Si se hubiera aprobado una Orden Ministerial conjunta con aplicación retroactiva de cánones superiores a los establecidos en la LPI, entenderíamos que, al ser posible una interpretación del apartado 3 de la Disposición Transitoria Única de la Ley de Reforma de la LPI, de conformidad con la Constitución, cabría haber pedido la nulidad de dicha Orden Ministerial conjunta, ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, por contravención del párrafo 3 de la Disposición Transitoria Única de la Ley de Reforma de la LPI, solicitando subsidiariamente al órgano jurisdiccional contencioso administrativo competente que, en caso de no estimar dicha nulidad, plantease la Cuestión de Inconstitucionalidad sobre el párrafo 3 de la Disposición Transitoria Única de la Ley 23/2006, de Reforma de la LPI, ante el Tribunal Constitucional.

Afortunadamente tal escenario contencioso, nunca llegó a producirse por la solución adoptada en la propia orden ministerial, que se aproxima en parte a la segunda opción que hemos planteado anteriormente y que comentaremos en el apartado siguiente.

CAPÍTULO 8.- LA CONTROVERTIDA ORDEN CONJUNTA PRE/1743/2008
DE 18 DE JUNIO

8.1 NEGOCIACIÓN FALLIDA. NECESIDAD DE LA ORDEN MINISTERIAL

8.2 CONTENIDO DE LA ORDEN MINISTERIAL

8.2.1 Estructura y aspectos relevantes de la Orden Ministerial.

8.2.2 Perjuicio anual y límites recaudatorios.

8.2.3 Retroactividad.

8.2.4 El fraude

8.2.5 La cuestión del disco duro.

8.2.6 Otros aspectos de la Orden Ministerial.

8.2.7 Impugnabilidad de la Orden Ministerial.

8.2.8 Análisis de las Sentencias de la Audiencia Nacional.

CAPITULO 8.- LA CONTROVERTIDA ORDEN CONJUNTA PRE/1743/2008 DE 18 DE JUNIO.

8.1 NEGOCIACIÓN FALLIDA. NECESIDAD DE LA ORDEN MINISTERIAL

Ya vimos en el capítulo anterior el mecanismo establecido por la Ley 23/2006, para el cálculo de la compensación equitativa, en el sentido de acudir una vez más, en lo que ha sido una constante histórica en esta materia, a la negociación entre las partes, si bien en este caso con la ventaja de poner un límite temporal, y al mismo tiempo un mecanismo semejante a un arbitraje o decisión dirimente de la Administración, en caso de falta de acuerdo.

En concreto, el apartado 6 del artículo 25 del vigente texto legal establecía:

“Para los equipos, aparatos y soportes materiales de reproducción digitales, el importe de la compensación que deberá satisfacer cada deudor será el que se apruebe conjuntamente por los Ministerios de Cultura y de Industria y Comercio, conforme a las siguientes reglas:

1º Con carácter bienal, a partir de la última revisión administrativa, los Ministerios de Cultura y de Industria, Turismo y Comercio publicarán en el Boletín Oficial del Estado y comunicarán a las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual y a las asociaciones sectoriales identificadas por el Ministerio de Industria Comercio y Turismo, que representen mayoritariamente a los deudores a los que se refiere el apartado 4, el inicio del procedimiento para la determinación de los equipos, aparatos y soportes materiales sujetos al pago por la compensación equitativa por copia privada, así como para la determinación, en su caso, de las cantidades que los deudores deberán abonar por este concepto a los acreedores.”

En los párrafos siguientes se establece que el plazo para llegar a un acuerdo

sería el de cuatro meses, y en el efecto de acuerdo una vez transcurrido el plazo indicado, la Administración en el plazo de tres meses, debería aprobar y publicar una Orden Ministerial en la que se recogieran los equipos e importes afectados por la remuneración compensatoria.

En concreto los apartados 2º y 3º del número 6 del reiterado artículo 25, establece: “Una vez realizada la publicación a que se refiere la regla anterior, las partes interesadas referidas en ella dispondrán de cuatro meses para comunicar a los Ministerios de Cultura y de Industria, Turismo y Comercio los acuerdos a los que hayan llegado como consecuencia de sus negociaciones o en su defecto, la falta de acuerdo.

“Los Ministerios de Cultura y de Industria, Turismo y Comercio, en el plazo de tres meses, contado desde la comunicación o desde el agotamiento del plazo referidos en la regla anterior, establecerán, mediante orden conjunta, la relación de equipos, aparatos y soportes materiales, las cantidades aplicadas a cada uno de ellos...”

Hasta aquí el régimen legal que como decíamos, partiendo de premisas clásicas establecía importantes novedades prácticas. Veamos a continuación como se desarrollaron los acontecimientos.

En primer lugar hay que hacer referencia a la Resolución de Presidencia de Gobierno de 7 de agosto de 2006, de la Subsecretaría, por la que se publica la Resolución conjunta de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Cultura y de la Dirección General para el Desarrollo de la Sociedad de la Información del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, por la que se hace público el inicio del procedimiento, para la determinación de la compensación equitativa por copia privada, que a instancia de los Ministerios referenciados, convocaba a la negociación a representantes de la Industria, así como a las Entidades de Gestión.

Como representantes de la Industria convocaba a las dos Asociaciones más

mayoritarias y representativas de dicha Industria, a saber: La Asociación Española de Industrias Electrónicas y de las TIC, en adelante AETIC, y por otra parte la Asociación Multisectorial de Empresas Españolas de Electrónica, Tecnología de la Información y las Comunicaciones, en adelante ASIMELEC. Por parte de las Entidades de Gestión convocó a las ocho Entidades de Gestión existentes en ese momento, a saber y en acrónimo las siguientes: SGAE, EGEDA, AIE, AGEDI, AISGE, CEDRO, VEGAP y DAMA. Efectuada la oportuna convocatoria, se celebraron un conjunto de reuniones o sesiones de negociación a la que a continuación haremos referencia. Antes de esta referencia es obligado indicar, que en efecto el conjunto de reuniones podemos llamar “oficiales”, son las que referenciaremos a continuación, pero que junto a las mismas hubo un conjunto de reuniones “oficiales”, multilaterales o incluso bilaterales, de las que evidentemente no existe acta, ni evidencia de su celebración y contenido. Pero dentro de ese proceso, lo cierto es que las partes trataron por todos los medios y vías de llegar a un acuerdo, si bien todos los esfuerzos fueron estériles como posteriormente veremos.

-Desarrollo y secuencia de las negociaciones

Resumiremos a continuación la secuencia y el alcance de las negociaciones mantenidas, por las Entidades de Gestión de derechos de Propiedad intelectual y las Asociaciones representantes de los deudores, en el proceso negociador, con el propósito, de proponer a los Ministerios de Cultura y de Industria, Turismo y Comercio, la relación de equipos, aparatos y soportes del sector, sujetos al pago de la compensación por copia privada así como las cantidades aplicables a cada uno de ellos.

Las partes negociadoras se reunieron por primera vez, debidamente convocadas por los Ministerios correspondientes, en mesa plenaria el 11-9-2006. Esta sesión fue una primera toma de contacto, en la que evidentemente no se tomó ninguna decisión trascendente, y ni tan siquiera se entró en materia. Los aspectos formales, constitutivos y metodológicos, fueron los que llenaron el

contenido de la sesión. No obstante se adoptó un acuerdo relevante desde el punto de vista organizativo, y fue la decisión, por las especiales características de los equipos y materiales, segmentar la mesa en dos grupos negociadores que agruparían a la Mesa audiovisual y a la Mesa de Reprografía respectivamente.

Esta división de trabajos, por otra parte razonable, dada la diversidad de equipos y por tanto de intereses, provocó que en una mesa, la de reprografía sólo estuvieran dos agentes: CEDRO por parte de las Entidades de Gestión pues asumía la representación de VEGAP, y por parte de la Industria, la representación la asumía exclusivamente ASIMELEC, por aglutinar la práctica totalidad de las empresas de ese sector.

En cuanto al sector audiovisual, el tema se complicaba más, pues el número de agentes era elevado, al incluir el resto de las entidades de gestión, es decir seis, y a las dos Asociaciones de la Industria. Esto propició que en la mesa plenaria de Audiovisual de 9 de Octubre del 2006, se aprobara la creación de un comité técnico-negociador, que por su reducido número de participantes permitiera un mayor avance de las negociaciones. Este Comité estaba integrado por representantes de la SGAE y de EGEDA en nombre de las Entidades de Gestión, y de ASIMELEC y AETIC, en nombre de la industria, lo que sin duda contribuyó, a la agilidad de los trabajos y a un desarrollo más rápido de la negociación.

Las fechas en las que mantuvieron reuniones las distintas mesas y comité técnico fueron:

- 11-9-2006 Mesa plenaria Audiovisual y Reprografía
- 18-9-2006 Mesa plenaria Audiovisual
- 25-9-2006 Mesa plenaria Audiovisual
- 2-10-2006 Mesa plenaria Audiovisual
- 9-10-2006 Mesa plenaria Audiovisual

- 16-10-2006 Comité técnico Audiovisual
- 16-10-2006 Mesa plenaria Audiovisual
- 23-10-2006 Comité técnico Audiovisual
- 26-10-2006 Comité técnico Audiovisual
- 30-10-2006 Comité técnico Audiovisual
- 6-11-2006 Comité técnico Audiovisual
- 13-11-2006 Comité técnico Audiovisual
- 20-11-2006 Comité técnico Audiovisual
- 22-11-2006 Comité técnico Audiovisual
- 27-11-2006 Comité técnico Audiovisual
- 30-11-2006 Comité técnico Audiovisual
- 4-12-2006 Mesa plenaria Audiovisual
- 11-12-2006 Comité técnico Audiovisual
- 13-12-2006 Comité técnico Audiovisual
- 13-12-2006 Mesa plenaria Audiovisual
- 18-12-2006 Comité técnico Audiovisual
- 20-12-2006 Comité técnico Audiovisual
- 22-12-2006 Comité técnico Audiovisual
- 22-12-2006 Mesa plenaria Audiovisual y Reprografía

El cometido por las partes que acordaron la creación del Comité técnico era:

- Determinación de equipos, materiales y soportes sujetos a Negociación

- Cuantificación del perjuicio efectivamente causado a los titulares
- Proposición de tarifas de acuerdo a los criterios establecidos en el artículo 25.6 regla 4ª

-Determinación de equipos, materiales y soportes sujetos a Negociación

Con fecha 30-10-2006, el comité técnico elaboró la siguiente lista de equipos, materiales y soportes, en el que se reflejaba los puntos de encuentro y las discrepancias, que podemos resumir en los siguientes cuadros:

Equipos y/o aparatos que ambas partes consideran deben ser objeto de debate en la mesa de negociación de la compensación equitativa por copia privada en la modalidad de audio y/o video

EQUIPO	TIPO DE UNIDAD	COMENTARIOS AETIC/ASIMELEC
Reproductores- Grabadores de CD, DVD y Mixtos para PC	Unidades externas/portátiles	
Reproductores- Grabadores de CD-R Audio	Unidades de sobremesa	
Reproductores- Grabadores portátiles de Audio MP3	Unidades con memoria flash Unidades con microdrive Unidades con disco duro Unidades con memoria adicional extraíble	Algunos equipos tienen incorporadas otras funciones como radio, grabador de voz, agenda, etc. Por otra parte, la tecnología de memorias es "transparente", por lo que no es necesario distinguir entre ellas.
Ordenadores	Media Center	
Reproductor-Grabador portátil MiniDisc		
Unidades Combo Grabador DVD + VHS		
Reproductor-Grabador de DVD	Unidades de salón Unidades de salón con disco duro	
Discos Duros externos portátiles multimedia		
Reproductores- Grabadores portátiles MP4	Unidades con disco duro	

EQUIPO	TIPO DE UNIDAD	COMENTARIOS AETIC/ASIMELEC
Unidad sintonizador TDT con disco duro destinado a la copia de obras y grabaciones protegidas		
Televisores con disco duro destinado a la copia de obras y grabaciones protegidas		

Equipos y/o aparatos respecto de los que las partes mantienen discrepancias sobre si deben ser objeto de debate en la mesa de negociación de la compensación equitativa por copia privada en la modalidad de audio y/o video

EQUIPO	TIPO DE UNIDAD	COMENTARIOS
Reproductores- Grabadores de CD, DVD y Mixtos para PC	Unidades internas	AETIC/ASIMELEC considera que se incluyen dentro de la exclusión del ordenador implícita en la Ley. Las EE GG entienden que la exención sólo afecta al disco duro de ordenador en los términos en que finalmente se defina y que estas grabadoras no son discos duros de ordenador.
Agendas electrónicas	Memoria interna extraíble	AETIC/ASIMELEC entienden que no deben incluirse por estar totalmente destinados a otros usos por mucho que alguno de ellos puedan disponer de una función de reproducción. EE GG. deben ser objeto de discusión aquellos que tengan la funcionalidad de grabación de nuestro repertorio.
Agendas electrónicas	Memoria interna extraíble	AETIC/ASIMELEC entienden que no deben incluirse por estar totalmente destinados a otros usos por mucho que alguno de ellos puedan disponer de una función de reproducción. EE GG. deben ser objeto de discusión aquellos que tengan la funcionalidad de grabación de nuestro repertorio.
Teléfonos móviles	Memoria interna extraíble	

Soportes materiales que ambas partes consideran deben ser objeto de debate en la mesa de negociación de la compensación equitativa por copia privada en la modalidad de audio y/o video⁸⁸

SOPORTE
Minisdisc
CD R
CD RW
CD R Híbrido
<u>Mini CP (de 8 cm)</u>
Mini DVD-R (de 8 cm)
<u>DVD ± R</u>
<u>DVD ± RW</u>
<u>DVD + R DL</u>
<u>DVD – R (Blue Ray)</u>
<u>HD-DVD (High Definition)</u>

Soportes materiales respecto de los que las partes mantienen discrepancias sobre si deben ser objeto de debate en la mesa de negociación de la compensación equitativa por copia privada en la modalidad de y/o video.

SOPORTE	COMENTARIOS
Tarjeta de memoria fotográfica Compact flash	AETIC/ASIMELEC consideran que estos soportes están destinados a la industria fotográfica. Incrementa su capacidad, motivada por la creciente exigencia de cada vez más calidad de exposición (denominada megapíxeles).
Tarjeta de memoria fotográfica SD	
Tarjeta de memoria fotográfica Mini SD	
Tarjeta de memoria fotográfica MMC	
Tarjeta de memoria fotográfica SMC	

Alcance de las negociaciones

Una vez se determinaron los productos sobre los cuales iba a desarrollarse la negociación, se entró de lleno en las conversaciones para cuantificar el perjuicio ocasionado a los titulares de derechos, por las copias privadas realizadas por los consumidores.

Durante varias semanas, las partes estuvieron intercambiando información y los diferentes criterios por los que se consideraba se debían cuantificar el daño. Lamentablemente el punto de encuentro fue totalmente imposible ya que las propuestas de una y otra parte estaban muy alejadas. Como principal criterio de cuantificación, la industria consideraba que la fijación en soporte o dispositivo de las descargas descontroladas de contenidos, en tanto que no se han obtenido por medios lícitos, no debían ser consideradas copias privadas.

Igualmente la industria consideraba que la fijación de contenidos por los que se ha pagado licencia de descarga no deben considerarse copias privadas. La discrepancia total en los criterios de determinación del daño, conllevó diferencias en la estimación económica, imposibles totalmente de acercar. De hecho la propuesta de las Entidades de Gestión ascendió a 1.200 Millones de € para audiovisual, y finalmente no presentaron propuesta alguna para fonogramas.

Ante la demanda por parte de la Industria de información sobre el reparto de derechos, en los distintos agentes de propiedad intelectual, las entidades de gestión contestaron que no disponían del detalle necesario para elaborarla, y que además podría tener contenidos confidenciales.

La Industria consideraba que no es posible establecer una cuantificación contrastable del perjuicio ocasionado, sin un mínimo de información, que por su carácter, sólo lo puede ser facilitada por las entidades de gestión u organizaciones

vinculadas. Por tanto, y dado que los representantes de las Asociaciones habían asumido el compromiso de presentar una propuesta económica, finalmente se estimó que el posible daño causado a titulares de derechos por las copias privadas de contenidos protegidos, a cuya fuente se accede lícitamente estaba alrededor de 11 Millones de €/año. Como vemos cifra muy alejada de los 1.200 millones de €, que según las E de G, era el perjuicio causado.

Ante la falta de acuerdo en los criterios de cuantificación del daño, y la enorme distancia entre las propuestas de una y otra parte, finalmente y como vía de salida, se optó por intentar determinar la tarifa a aplicar a cada equipo, material o soporte en función de criterios menos “técnicos”, y por tanto más sujetos a negociación económica.

La determinación de tarifas que dio para los distintos grupos de equipos, materiales y soportes como sigue:

a) Reproductores-grabadores portátiles MP3

Las partes alcanzamos un principio de acuerdo, por el cual las tarifas a aplicar serían según el criterio de que el equipo estuviera sujeto al pago de 1,17 €, y se le debería sumar una cantidad en función de la memoria con arreglo al siguiente escalado.

Propuesta consensuada EdeG e Industria	
Capacidad	Tarifa dispositivos MP3
0 a 1,0 GB	Equipo: 1,17 + 0,50 Memoria = 1,67 €
1,0 GB a 2,0 GB	Equipo: 1,17 + 0,83 Memoria = 2,00 €
2,0 GB a 4,0 GB	Equipo: 1,17 + 1,34 Memoria = 2,51 €
4,0 GB a 10,0 GB	Equipo: 1,17 + 2,23 Memoria = 3,40 €
+ 10,0 GB	Equipo: 1,17 + 3,33 Memoria = 4,50 €

En el pacto se mencionaba el compromiso de las Entidades de Gestión de retirar todas las demandas judiciales abiertas por reclamaciones anteriores a la entrada en vigor de la ley y la renuncia expresa a iniciar nuevos procedimientos.

Únicamente quedó abierto el punto referente a la entrada en vigor de las tarifas, ya que mientras la Industria deseaba que fuera la fecha de publicación de la Orden Ministerial conjunta, que se dictara en aplicación del apartado 6 del artículo 25, las entidades de gestión deseaban que se aplicara lo dispuesto a la Disposición transitoria única apartado 3, es decir a la entrada en vigor de la ley.

La industria consideraba que esta exigencia no era posible llevarla a cabo, ya que las empresas deadoras no habían podido provisionar ni repercutir a sus clientes cantidad alguna a tal efecto, por desconocer qué tarifas serían de aplicación. No había tan siquiera un criterio: naturaleza del producto, capacidad de memoria, hábito de uso, etc... que permitiera tener al menos un indicio de la cantidad a provisionar. Como veremos, posteriormente esta fue una cuestión especialmente polémica, que fue

resuelta por vía reglamentaria.

En conversaciones mantenidas posteriormente al proceso negociador, se pudo comprobar cómo este planteamiento de las entidades de gestión era tratar de mantener el acuerdo de tarifas, siempre que se encontrara una solución a su entrada en vigor. Además se incorporó al proceso negociador, una nueva exigencia hasta ese momento no planteada, en el sentido de que se estimara compensarles por los dispositivos vendidos antes de la entrada en vigor de la reforma de la LPI. Como vemos una vez más las entidades de gestión respondían a la misma táctica negociadora: por un lado fijar un objetivo recaudatorio. Los cálculos, las propuestas de tarifa, y cualquier otra aportación, estaban en clave de conseguir ese objetivo recaudatorio, con independencia de su relación con el daño causado. Por otro lado, utilizar la retroactividad como amenaza, para en un momento determinado hacer concesiones en la negociación que les permitiera llegar al objetivo planteado.

Ante esta nueva exigencia, la Industria no tuvo otro remedio que manifestar su negativa, ya que representaba un cambio cualitativo de gran importancia y por tanto totalmente inaceptable. La propuesta que fue consensuada y que se ha recogido en el cuadro anterior, contemplaba un incremento de la tarifa con el ánimo de evitar procedimientos judiciales, que pudieran derivarse de futuras reclamaciones de las entidades de gestión por el pasado, y en ningún caso podría considerarse un reconocimiento por parte de la Industria, de que estos dispositivos estaban sujetos al pago de la tarifa de equipos analógicos. Consecuencia esta que se hubiera producido en el caso de aceptar los criterios de retroactividad planteados por las EE de G.

No obstante la Industria en su ánimo de tratar de llegar a un acuerdo, planteó una alternativa para el caso de que finalmente, las EdeG no aceptaran renunciar a las reclamaciones por periodos anteriores a la reforma. Dicha propuesta lógicamente implicaría una reducción de tarifas. En concreto la propuesta de la industria fue:

Propuesta Industria	
Capacidad	Tarifa dispositivos MP3
0 a 1,0 GB	Equipo: 0,60 + 0,50 Memoria = 1,10 €
1,0 GB a 2,0 GB	Equipo: 0,60 + 0,83 Memoria = 1,23 €
2,0 GB a 4,0 GB	Equipo: 0,60 + 1,34 Memoria = 1,94 €
4,0 GB a 10,0 GB	Equipo: 0,60 + 2,23 Memoria = 2,83 €
+ 10,0 GB	Equipo: 0,60 + 3,33 Memoria = 3,93 €

b) Telefonía Móvil y PDA's con función MP3

Había también importantes discrepancias entre las partes, para la determinación de tarifas en estos segmentos de productos.

Las entidades de gestión opinaban que la tarifa aplicable sería la misma que la aplicable a MP3, con una ligera corrección a la baja por el carácter multifuncional de los equipos. La propuesta de las EE de G era la siguiente:

Propuesta de las Entidades de Gestión	
Capacidad	Tarifa Telefonía y PDA's función MP3
0 a 1,0 GB	Equipo: 1,17 + 0,17 Memoria = 1,34 €
1,0 GB a 2,0 GB	Equipo: 1,17 + 0,34 Memoria = 1,51 €
2,0 GB a 4,0 GB	Equipo: 1,17 + 0,68 Memoria = 1,85 €
4,0 GB a 10,0 GB	Equipo: 1,17 + 1,02 Memoria = 2,19 €
+ 10,0 GB	Equipo: 1,17 + 2,00 Memoria = 3,17 €

La posición de la industria era, lógicamente, mucho más restrictiva. Si bien se reconocía que la funcionalidad mp3 de los teléfonos móviles, estaba habilitada para ser usada, muy distinto es que realmente existiera el hábito de uso entre los consumidores. Según el estudio de mercado elaborado por Sigma Dos para ASIMELEC, el 72% de los consumidores que disponen de la funcionalidad MP3 en su teléfono móvil no la usan. Este dato contrasta con -según el mismo estudio- el 95% de los poseedores de dispositivos MP3, lo utilizan para reproducir contenidos, no para grabar.

Además hay que considerar que la mayor parte de teléfonos con disponibilidad de reproducción de música, llevan incorporadas fuertes medidas DRM, para que el usuario sólo pueda descargar contenidos de los ofrecidos por los operadores mediante pago o de forma gratuita, y por tanto el perjuicio es mínimo.

Por consiguiente, los representantes de la Industria en la negociación plantearon que, dado que el perjuicio todavía era escaso y que las medidas tecnológicas se acabarían imponiendo, la funcionalidad MP3 de estos dispositivos

debería quedar exenta. Sin embargo con el ánimo de alcanzar un acuerdo global que incluyera otro bloque de productos, quizás los negociadores hubieran atendido la propuesta de una tarifa testimonial. Tampoco en este apartado el acuerdo parecía fácil.

- c) Memorias fotográficas tipo flash y Memorias con conexión USB (Pen Drive)

Según el estudio de SigmaDos, el 98,1% de los usuarios de memorias flash, las utilizan para almacenar fotografías digitales, siendo sólo el 2% de ellos los que además las utilizan para almacenar fonogramas.

Con estos datos en la mano los representantes de la Industria plantearon, que se debería considerar que este tipo de productos producen un perjuicio mínimo, y por tanto deberían estar exentos, por aplicación de la “regla de mínimos” prevista en la Directiva y en la Ley. Sin embargo dentro del pacto global con los dispositivos MP3, y siempre y cuando las tarifas entraran en vigor con la publicación de la Orden Ministerial conjunta, se propondría aplicar el 10% de la tarifa de la memoria de los dispositivos MP3 indicados anteriormente, según el siguiente desglose:

Propuesta consensuada EdeG e Industria	
Capacidad	Memorias Flash y PenDrive's
0 a 512 MB	0,00 €
512 MB a 1,0 GB	0,08 €
1,0 GB a 2,0 GB	0,09 €
2,0 GB a 4,0 GB	0,13 €
4,0 GB a 10,0 GB	0,22 €
+ 10,0 GB	0,33 €

Insistieron los representantes de la Industria, que consideraban que el perjuicio ocasionado a los titulares no tiene significación y por tanto este tipo de memorias deberían estar exentas. Sin embargo, y en aras de una negociación global, el principio de acuerdo sólo podría ser aplicado con los criterios propuestos por AETIC/ASIMELEC para todo el bloque de fonogramas. Es decir si finalmente no se consolidara la tarifa para los reproductores de Audio MP3, la propuesta sería la exención total de las memorias flash y dispositivos USB (PenDrive). Obviamente las entidades de gestión manifestaron su clara discrepancia al respecto.

d) Grabadoras para PC Desktop y Portátiles

Las Entidades de Gestión propusieron la aplicación de tarifas a todos los dispositivos, amparándose en el criterio de que se hacen tantas copias privadas, en el ámbito doméstico como en la empresa.

Como es lógico, este punto de vista la Industria no lo compartió, y por tanto o bien se eximían del pago del canon a empresas, profesionales liberales, actividades académicas y organismos oficiales, situación que por las especiales condiciones de la distribución española de productos de informática y multimedia, se antoja inaplicable, o bien la tarifa debería ser plenamente testimonial. A continuación se reflejan las propuestas de ambas partes.

Propuesta de las Entidades de Gestión	
Grabador CD-R para PC	1,20 €
Grabador DVD-R para PC	6,00 €

Propuesta de AETIC/ASIMELEC	
Grabador CD-R interno para PC	0,20 €
Grabador CD-R periférico	0,30 €
Grabador DVD-R interno para PC	0,50 €
Grabador DVD-R periférico	1,00 €

e) Consola Grabadora para CD-R Audio y MiniDisc portátil

El mercado de estos equipos en el momento de la negociación, estaba en fase de estancamiento, ya que el MiniDisc había pasado a tener un destino más profesional que doméstico y la consola grabadora de CD-R formato audio, era un producto totalmente obsoleto y en vías de ser descatalogado. Por ello el acuerdo fue rápido y total

Propuesta consensuada EdeG e Industria	
Consola-Grabadora CD-R Audio	1,17 €
Grabadora MiniDisc	1,17 €

f) Consola Reproductora-Grabadora DVD de Salón

Sin embargo, en este grupo de productos es donde había importantes discrepancias. Las entidades de Gestión proponían un incremento del 97% sobre la tarifa que se había aplicado desde la aparición de estos productos, (6,61 €) y la Industria consideraba que se debía continuar aplicando la tarifa vigente.

Adicionalmente, la Industria consideraba que debía tenerse en consideración, que estos dispositivos grabadores tienen como fuente la señal de la televisión, y por tanto la copia privada se reduce al “time shifting” o visión diferida de los contenidos previamente grabados, lo que en términos de perjuicio tiene a mínimo.

Propuesta de Entidades de Gestión	
Consola Grabadora DVD	13,00 €
Consola Combo Grabadora DVD+VHS	19,61 €

Propuesta de AETIC/ASIMELEC	
Consola Grabadora DVD	6,61 €
Consola Combo Grabadora DVD+VHS	6,61 €

g) Consola Reproductora-Grabadora DVD de Salón con Disco Duro

Los criterios indicados en el punto anterior, eran de aplicación para las consolas de salón con HD, especialmente en lo relativo a la grabación de contenidos procedente de la señal televisiva. Además los elementos anticopia de los disco DVD originales (CSS), eran acreditadamente eficaces y por tanto no se pueden fijar sobre el disco duro del dispositivo, contenidos procedentes de un DVD adquirido o alquilado. Sin embargo la discrepancia entre las propuestas es clara, según se puede comprobar en los cuadros siguientes:

Propuesta de Entidades de Gestión	
Capacidad	Grabadora DVD con Disco Duro
< 80 GB	24,91 €
80 GB a 160 GB	27,30 €
160 GB	29,38 €
> 250 GB	30,87 €

Propuesta de AETIC/ASIMELEC	
Capacidad	Grabadora DVD con Disco Duro
< 80 GB	7,61 €
80 GB a 160 GB	8,61 €
160 GB	9,61 €
> 250 GB	10,61 €

h) Disco Duro externo Multimedia portátil

Las entidades de gestión, no diferenciaban entre los discos duros denominados de back-up y los multimedia. Para la industria los discos back-up debían ser considerados como discos de ordenador, por que básicamente lo que los diferencia es únicamente su condición de periférico. Se debían considerar como una ampliación de la memoria del PC y un sistema efectivo de copia de seguridad.

Los discos Multimedia son a diferencia de los anteriormente citados, periféricos con vida propia. Destinados a almacenar y reproducir contenidos audiovisuales, disponen de fuente de alimentación y ventilación propia así como, de conexión AV, mando a distancia y soportan el Windows Home Media. Una vez más esta postura de la Industria, no fue aceptada por las E.E de G, por lo que la discrepancia, según vemos a continuación, era manifiesta.

Propuesta de Entidades de Gestión	
Capacidad	Disco Duro externo Multimedia portátil
< 80 GB	10,30 €
80 GB a 160 GB	18,30 €
160 GB	24,00 €
> 250 GB	24,00 €

Propuesta de ASIMELEC	
Capacidad	Disco Duro externo Multimedia portátil
< 80 GB	1,00 €
80 GB a 160 GB	2,00 €
160 GB	3,00 €
> 250 GB	4,00 €

Propuesta de ASIMELEC	
Capacidad	Disco Duro externo Back-up
< 80 GB	0,00 €
80 GB a 160 GB	0,00 €
160 GB	0,00 €
> 250 GB	0,00 €

i) Televisiones y decodificadores TDT con disco duro

Dada lo reciente de la incorporación de estos productos al mercado, e n el momento de la negociación, recuérdese que no se había producido el llamado

“apagón analógico”, y la escasa información existente sobre los hábitos que los consumidores tendrían con los dispositivos de almacenamiento que están integrados, las partes decidieron, esta vez sí que de común acuerdo, posponer la propuesta de tarifa aplicable a los discos duros hasta que el mercado alcanzara las 100.000 unidades de venta.

El compromiso contemplaba, que una vez el mercado alcanzara ese volumen de ventas, se realizarían las estimaciones necesarias para la negociación y posterior propuesta a los Ministerios de Cultura e Industria, Comercio y Turismo de las tarifas aplicables.

Una vez alcanzado el acuerdo para esta categoría de equipos, las entidades de gestión quisieron vincular su ratificación, a que la Industria cediera en el resto de dispositivos audiovisuales, en los que todavía no había acuerdo. Una vez más, podemos comprobar la dificultad de la negociación, pues incluso cuando se lograba un acuerdo parcial, se pretendía condicionarlo a la globalidad, lo que impedía como decimos el consenso, al haber reconocido las partes que en algunas categorías de equipos sus posturas eran irrenunciables e irreconciliables.

j) Soportes digitales de Grabación

Los soportes digitales representaban en el momento de la negociación, el 80% de la recaudación de las entidades de gestión. Por ello extrañó mucho el nu

interés que mantuvieron para negociar una tarifa, pese a que la Industria como representante de los dueños de este sector, les instó continuamente a abrir la discusión.

La posición de las entidades de gestión, fue siempre la de incrementar las tarifas vigentes desde la aprobación del convenio en Julio de 2003, o como máximo mantenerlas inalteradas. Solo al final del proceso expresaron su intención de revisar testimonialmente las tarifas a la baja. La oposición por parte de la Industria de esta postura, que cabría calificarla como “in extremis”, fue utilizada por las entidades de gestión como argumento para no confirmar los preacuerdos adquiridos en otros dispositivos.

La Industria, manifestó desde el principio su interés en reducir fuertemente las tarifas vigentes bajo los siguientes argumentos:

j.1) Desde que en Julio de 2003 se firmara el convenio entre las EdeG y ASIMELEC, la aplicación del canon para los soportes de grabación había generado una enorme distorsión en el mercado, ya que los distintos modelos de elusión al pago de la remuneración no habían hecho más que aumentar. Según los datos manejados por ASIMELEC el monto de la bolsa de fraude podría estar ya cercano al 70%-75% del mercado. Las entidades de gestión –que habían reconocido un fraude superior al 50%- se habían manifestado impotentes para reducirlo y normalizar el mercado. Esta situación de anormalidad había generado

múltiples problemas empresariales, y el desinterés por continuar vendiendo estos productos, en los canales de distribución.

j.2) La tarifa en aquel momento representaba para los soportes de grabación el 50% del PVP de los CD-R y el 60% en el caso de los DVD-R.

Pese a que finalmente el artículo 25. 6 regla 4ª de la nueva ley, en su punto g) no contemplaba los soportes, entre los productos a los que se les debe aplicar el criterio de proporcionalidad del canon respecto al PVP, la Industria consideraba que el altísimo impacto del canon sobre el PVP, creaba un enorme incentivo al fraude, así como a fomentar la adquisición de estos bienes en portales de comercio electrónico extranjeros, lógicamente sin canon. Desde hacía ya algunos meses, se había detectado incluso, que adquiriendo los soportes sin canon en un portal francés o portugués, el consumidor podía recoger personalmente su compra en una dirección de varias ciudades españolas.

j.3) El impacto financiero del canon en las Empresas era especialmente importante, para los canales de distribución de los soportes de grabación ya que la mayoritariamente, tienen que financiar con recursos propios el ciclo de madurez de las operaciones realizadas.

j.4) Según el estudio de Sigma Dos, sólo el 20,8% de los CD-R se destinan a almacenar fonogramas, siendo sólo el 8,4% los que se destinan a

vídeogramas protegidos.

En el caso de los DVD-R sólo el 26,5% de los soportes vendidos son destinados a almacenar registros audiovisuales protegidos.

j.5) La industria internacional del cine hacía ya muchos años, que presionó a la industria tecnológica para que incluyera a todos los equipos y dispositivos la licencia de Macrovision denominada CSS[®], y que es considerada un sistema anticopia seguro para los DVD.

De hecho los consumidores no podían realizar copias de DVD originales adquiridos o alquilados, ya que el dispositivo anticopia hacía considerarlo como eficaz. Solo un número limitado de consumidores son capaces de realizar estas copias, que cabría calificarlas como ilícitas ya que para poder efectuarlas hay que alterar un código fuente licenciado.

La nueva generación de soportes destinados al archivar de contenidos en alta definición (Blu-Ray y HDD), todavía soportaban sistemas anticopia más eficientes, y desde la industria se califican los códigos como inviolables. Por tanto la posición de la Industria, era que estos nuevos formatos quedaran excluidos de la aplicación de tarifa alguna.

j.6) La industria europea había desarrollado en aquel momento, un producto

denominado CD-R Híbrido, que consistía en soportes tradicionales que no soportan ficheros fonográficos (MP3, Wav) y audiovisuales (MPEG). Eran CD-R destinados a almacenar ficheros tradicionales Office, ficheros JPG y similares para fotografías. En los lineales de ventas eran claramente identificables, estando la información destinada al consumidor, sobre la incapacidad de grabar ficheros musicales y de vídeo claramente visible. Por esta razón, se consideraba también que estos productos debían estar excluidos de la determinación de tarifas.

j.7) En relación con los MiniCD-R y los MiniDVD-R, destinados a almacenar fotografías y grabaciones de vídeo domésticas, se proponía que fueran igualmente considerados, exentos de aplicación de tarifa alguna, ya que su uso estaba totalmente destinado, a otras actividades ajenas a la copia privada. Este criterio ya se tuvo en consideración en la legislación anterior, las cintas de vídeo (VHS-C y 8mm.), con duración inferior a 91 minutos, que estaban excluidas de pago del canon, ya que se consideraban destinadas al uso doméstico en cámaras de vídeo.

De acuerdo a los puntos arriba indicados la propuesta que en su momento realizó la Industria queda como sigue:

Propuesta de ASIMELEC	
CD-R 700 MB	0,05 € / hora
DVD+/-R 4,7 GB	0,02 € / hora
DVD Blu Ray	0,00 €
DVD HDD	0,00 €
MiniCD-R 8cm.	0,00 €
MiniDVD 8cm.	0,00 €
CD-R Híbridos	0,00 €

-Consecuencias de la aplicación del canon

Como epílogo de la negociación, y antes de concluir el relato histórico del fin de este proceso, cuyo resultado ya podemos imaginar por los antecedentes indicados, debemos destacar que la Industria en todo el proceso negociador, hizo alusión a las consecuencias de la aplicación de un canon excesivo e indiscriminado. Lamentablemente y una vez más, no fueron tenidas en cuenta esas consideraciones, y lamentablemente con posterioridad los hechos dieron la razón a la Industria, como se puede comprobar en otros capítulos de esta tesis.

Como ya se ha mencionado, la implantación del canon –en Septiembre 2003– en los soportes digitales, creo unas distorsiones en el mercado ya acreditadas e

irreversibles. Las consecuencias de la implantación de tarifas que representan fuertes incentivos al fraude o al cambio de hábitos de uso se pueden resumir en:

-Incremento de precios para el consumidor

La implantación de cualquier tarifa en concepto de canon, tiene una inmediata repercusión en los precios que los importadores y fabricantes –como deudores- ofrecen a sus clientes y estos a los usuarios finales. Este incremento de precios es debido a la incapacidad de absorber el sobre-coste en los distintos escandallos, ya que los sectores de la electrónica e informática, por ser mercados muy competitivos, están fuertemente presionados con márgenes comerciales de entre el 3% y el 5%.

-Generación de bolsas de fraude y por tanto distorsión de la libre competencia

El incremento de precios descrito en el punto anterior, genera un atractivo incentivo para empresas que eligen como modelo de negocio, generar fuertes beneficios a cuenta de la elusión del pago del canon. Las modalidades de fraude eran múltiples y en su día, fueron reportadas convenientemente a la S EdeG, como responsables del control de mercado.

Estaba garantizado, que estas prácticas fraudulentas se repetirían con los nuevos productos que se incorporasen al catálogo de equipos, materiales y soportes sujetos al pago del canon. Los sistemas elegidos por las empresas que propician el fraude, eran cada vez más sofisticados y cabía calificarlos como fraude a gran escala, ya que cuentan con el apoyo de empresas radicadas en el extranjero. Paralelamente se incrementaba el fraude fiscal de nominado “carrusel de IVA”, o más popularmente “trucha” en la jerga de la propia Administración Tributaria.

-Pérdida de puestos de trabajo

Las compañías que intentan competir legalmente, ven reducida fuertemente su presencia en el mercado, así como un deterioro de márgenes, que genera en la práctica, la pérdida de puestos de trabajo.

No se trataba de una hipótesis, ya que desgraciadamente desde el año 1992, son cientos los puestos de trabajo perdidos, como consecuencia de la distorsión creada por el impacto de tarifas desproporcionadas.

-Desinterés del comercio tradicional y nuevos canales de venta

El comercio tradicional, perdía competitividad, ya que se veía obligado a competir con pequeñas tiendas y bazares, que amparados por la falta de eficacia de las EdeG en perseguir a los importadores y mayoristas, venden impunemente sin aplicar el canon.

Esta circunstancia había propiciado que por parte del comercio español, creciera el desinterés en vender este tipo de productos, con las consecuencias tan negativas que estas decisiones ocasionan.

-Conclusión del proceso negociador:

Hasta aquí una breve referencia, y el resumen abreviado de cientos de horas de reuniones con las Entidades de Gestión, las posiciones de las partes y los argumentos utilizados para defender las posturas de la Industria, así como las discrepancias manifestadas por las Entidades de Gestión.

En términos históricos debemos indicar, que el proceso negociador finalizaba el 24 de diciembre del año 2006, pues era el día del vencimiento del plazo de cuatro meses, previstos en el artículo 25 de Ley de Propiedad Intelectual, dado que las partes habían sido convocadas a negociar, en base a la Resolución conjunta de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Cultura, y de la Dirección General para el Desarrollo

de la Sociedad de la Información del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, por la que se hacía público el inicio del procedimiento para la determinación de la compensación equitativa por copia privada. Dado que la publicación de la citada Resolución se produjo en el BOE de 24 de agosto del 2006, los cuatro meses vencían el día de Nochebuena del año 2006.

Como testigo y participante directo de la negociación, debo reconocer que hasta última hora se realizaron esfuerzos para tratar de llegar a un acuerdo. Los últimos días previos a la Navidad del 2006, y a pesar de lo poco adecuado de las fechas, se celebraron sesiones maratonianas, en las que no había horario, y en las que el tono informal, sin orden del día previo, era la pauta común. Todo en aras de alcanzar el deseado acuerdo.

Y digo deseado, porque estoy convencido que ambas partes tenían la sana intención y decisión de alcanzar ese acuerdo. La razón básica deriva de la incertidumbre que se producía en ausencia del mismo. Por primera vez, las reglas del juego habían cambiado. Por primera vez, no sólo era el Ministerio de Cultura el involucrado en el proceso de dar una solución, vía un Mediador como preveía la LPI en su versión del año 1992. En esta ocasión estaba involucrado también el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, pero es que además, eran preceptivos los informes del Ministerio de Economía y de la Organización de Usuarios.

Por tanto las entidades de gestión no tenían la tranquilidad de ocasiones anteriores, acostumbrados a oír expresiones, sin duda coloquiales, pero de gran calado político, referidas al Ministerio de Cultura, como “Nuestro Ministerio Natural”, o las entidades de gestión como los “clientes naturales del Ministerio de Cultura” y un largo etc... que no merece la pena explicitar, por la carencia de calado jurídico de la materia, aunque sin duda de obligada referencia, en el deseo de precisar todo un contexto sociológico y de análisis de situación.

Por su parte los representantes de la Industria, a pesar de este cambio de

escenario, estaban acostumbrados a sufrir ese partidismo en las decisiones, que siempre será negado por las entidades de gestión y por los representantes del Ministerio de Cultura. Negación que no resiste el mínimo análisis histórico, de los hechos relacionados en el presente trabajo, y del análisis legislativo que también hemos realizado, y del que se deduce con evidente claridad, el carácter tuitivo de la norma a favor de las EE de GG.

Por tanto los representantes de la Industria, tampoco se quedaban tranquilos con dejar en manos de la Administración, la total decisión en la materia. De ahí que, en los últimos días de la negociación, como decimos, se redoblaron los esfuerzos para alcanzar el acuerdo. Y en efecto, el acuerdo estuvo a punto de alcanzarse, en el antepenúltimo día de la negociación, dado lo inhábil del día 24 de diciembre. Y a sí el día 21 de diciembre del 2006, a una hora ciertamente temprana, 7.00 horas de la mañana, en la sede de un prestigioso despacho de abogados de Madrid, se celebró una reunión informal, a la que asistieron todas las entidades de gestión del bloque de audio y video, a lo que prácticamente se esperaba que fuera ratificar el acuerdo cerrado, en los días previos a esa fecha, y cerrar algunos flecos pendientes, si bien eran detalles secundarios, en los que se confiaba llegar a acuerdo, pero que en ningún caso se pensaba que condicionarían la ratificación del acuerdo final. No obstante, como vemos la reunión fue convocada a una hora tan temprana, para dar el margen de tiempo más amplio que fuera posible, al efecto de concluir positivamente la negociación.

Pues bien, la reunión duró ciertamente poco, y la ilusión y expectativas creadas, aún duraron menos, cuando el representante de una de las entidades, (SGAE), creemos honestamente que sin conocimiento de las demás, manifestó su incapacidad de suscribir el acuerdo en los términos que se habían consensuado en los días previos, al haber recibido instrucciones de su Consejo de no aceptar el borrador de acuerdo.

Es imaginable la reacción de malestar, por parte de todos los negociadores que

habían invertido tanto tiempo, esfuerzo, estudios, análisis y en definitiva un trabajo amplio y generoso, en tiempo y dedicación, y que cuando estaba a punto de culminar, es rechazado por una de las partes que había colaborado en su elaboración, y había contribuido decisivamente a su contenido.

Parafraseando a un famoso político, con ocasión de un incidente internacional, podríamos decir que “al alba y con viento gélido navideño”, las esperanzas, ilusión y trabajo, para lograr un acuerdo en materia de compensación equitativa por copia privada, quedaron totalmente frustrados. La perspectiva temporal, nos permite incluso relatar lo sucedido con cierto sentido del humor, que no se corresponde con la sensación de malestar, y por qué no decirlo de engaño, que tuvimos en aquella gélida mañana.

El epílogo de la historia fue al día siguiente, 22 de diciembre, cuando tuvo lugar la sesión plenaria en la que se constató las desavenencias y la imposibilidad de llegar a un acuerdo. Quedaba por tanto abierto, en aplicación de lo previsto en el art. 25 de la LPI, el periodo de tres meses para que el Gobierno dictara la correspondiente orden ministerial, en la que se contuviera la relación de equipos y soportes sujetos al canon, y el importe a pagar por cada uno de ellos. Extremo este que tuvo lugar con la publicación de la Orden Ministerial, de 18 de junio del 2008, publicada en el BOE de 19 de junio del mismo año, y que es objeto de análisis en el apartado siguiente.

8.2 CONTENIDO DE LA ORDEN MINISTERIAL DE PRESIDENCIA 1743/2008 DE 18 DE JUNIO.

Por tanto el BOE de 19 de junio de 2008 publicó la Orden PRE/1743, *de 18 de junio, por la que se establece la relación de equipos, aparatos y soportes materiales sujetos al pago de la compensación equitativa por copia privada, las cantidades aplicables a cada uno de ellos y la distribución entre las diferentes modalidades de*

reproducción.

Se culmina así un proceso, que se inicia con las primeras sentencias contrarias a los deudores en el año 2.000, para llegar a la fijación definitiva de los equipos y soportes obligados al canon, así como el importe a satisfacer por cada uno de ellos. Más de ocho años de conflictividad judicial, negociaciones, reformas legislativas, nuevas negociaciones, para finalmente ser la propia Administración la que fije los equipos e importes. Un largo camino de inseguridad jurídica, que podría haberse solventado más rápidamente, pero siguiendo en la constante dinámica presente en todas las fases históricas de esta institución, el miedo de la Administración a tomar partido en la materia, propició un proceso que lamentablemente acabó como siempre, con una resolución, podríamos decir “arbitral” de la Administración, reflejada en la Orden Ministerial que comentamos. Veremos a continuación sus aspectos más relevantes, así como sus puntos críticos susceptibles de impugnación, para acabar con una referencia a las consecuencias de su aplicación práctica y el análisis de los fallos judiciales, habidos al respecto.

8.2.1 Estructura y aspectos relevantes de la Orden Ministerial

Se estructura la OM en un preámbulo o exposición de motivos, aunque no se denomine así, dividido en cuatro apartados, y seguido de la parte dispositiva estructurada en tres artículos y una Disposición final única, relativa a un tema de especial importancia, como luego veremos, como es el de la entrada en vigor de la OM.

En cuanto al Preámbulo, junto con la consabida explicación de las normas de rango legal y Directivas comunitarias, de las que la OM trae causa, así como de la constatación del fracaso del proceso negociador previo, que precisamente es que obliga a dictar la citada OM, se hace referencia a tres aspectos importantes que

podríamos resumir en tres términos: perjuicio anual, retroactividad y fraude.

8.2.2 Perjuicio anual y límites recaudatorios

En efecto en cuanto al perjuicio anual, hay que indicar que bajo la excusa de tratar de adecuarse a la naturaleza propia de la institución: compensación equitativa de un daño, en el fondo lo que se pretendió fue establecer una auténtica salvaguarda, o garantía recaudatoria para los titulares de derecho. Así el apartado II del Preámbulo se refiere primero, a la necesidad de respetar en el cálculo de las cantidades, los criterios establecidos en la Ley, en concreto en la regla 4ª del apartado 6 del art. 25. Para luego destacar que *“La compensación equitativa está dirigida a compensar los derechos de propiedad intelectual que se dejaron de percibir por razón de las reproducciones realizadas para uso privado, lo que implica la necesidad de estimar el daño que tales copias originan a los titulares de derechos de propiedad intelectual”*.

Hasta aquí nada que objetar, pues se refleja algo ya más que sabido en relación con la naturaleza de la institución. Lo significativo es que este perjuicio anual se cuantifica, sin indicar en ningún caso el origen del cálculo, o estimación para llegar a las cantidades indicadas en el texto legal. Pero aún más, no sólo se limita a establecer estas cantidades, algo que podría tener lógica, si lo que se quiere es cuantificar un daño global en un ejercicio concreto, lo que hace es fijar esas cantidades como límite mínimo, que en caso de recaudarse obligaría a revisar la OMI para corregir las posibles desviaciones. Este planteamiento del Preámbulo, tiene su correlativo reflejo en la parte dispositiva en el Dispositivo Tercero cuando establece: *Tercero. Evaluación y revisión de las cuantías aplicables en concepto de compensación por copia privada y de su distribución por modalidad de reproducción.*

1. Si la cantidad devengada entre los días 1 de julio de 2008 y 30 de junio de 2009, conforme a las declaraciones-liquidaciones que por tal periodo deben presentar

los deudores de la compensación a las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual y que estas, a su vez, deben presentar al Ministerio de Cultura, en concepto de compensación por copia privada correspondiente a la modalidad de reproducción de obras divulgadas en forma de libros y publicaciones asimiladas reglamentariamente a libros supera 37.200.000 euros o se sitúa por debajo de 38.400.000 euros, o la correspondiente a las modalidades de reproducción de fonogramas u otros soportes sonoros o de reproducción visual o audiovisual supera los 80.600.000 euros o se sitúa por debajo de 75.400.000 euros, las compensaciones y distribuciones establecidas en los apartados primero y segundo se revisaran al objeto de que las cantidades devengadas se sitúen dentro de los límites mínimo y máximo anteriores, correspondientes a cada modalidad de reproducción citadas.”

De la lectura de este apartado se deduce, claramente como decíamos antes, que con la excusa de establecer la cuantificación de un daño, cosa normal y lógica, en el proceso e institución que comentamos, se establece una horquilla de cantidades de salvaguarda de recaudación. Lo primero que llama la atención es el origen de las cifras. No se dice nada al respecto. Tal y como era preceptivo por la Ley, se evacuaron informes al Ministerio de Economía y Hacienda y al Consejo de Consumidores y Usuarios, a simismo nos consta que acreedores y deudores enviaron estudios e informes de mercado, sin contar con las actas de la propia negociación en las que las referencias a productos, precios, cuotas de mercado etc... eran constantes. Pues bien nunca sabremos por qué la Administración consideró, que casi 35 millones de euros era la recaudación mínima, para compensar el daño por las copias de libros y obras asimiladas, mientras 75 millones de euros aproximadamente era la recaudación mínima, para compensar el daño causado por las copias de fonogramas y de reproducción visual.

Por otra parte el cálculo del perjuicio, se haya hecho o no correctamente la estimación de cifras, no se utiliza para repartir luego su montante entre las diversas categorías de equipos. Sino que se fija para establecer la obligación de revisar la OM, al efecto de que se efectúen los cambios necesarios para alcanzar esa cantidad. Es

decir se trata de garantizar una cantidad, y si por aplicación de la norma no se consigue, pues sencillamente...se cambia la norma.

¿Para qué entonces se establecen equipos e importes en el apartado primero? ¿Para qué se establece plazo de vigencia de la norma? Lo que se trata, es que los titulares obtengan una cantidad mínima al precio que sea, y nunca mejor dicho. ¿Tiene sentido que la cifra de recaudación de un ejercicio, que puede estar influenciada por muchos factores, condicione la recaudación de otro? ¿Es que el daño a compensar está en relación con la recaudación del año anterior? Si lo que se quiere es recaudar, está claro que la respuesta es positiva, pero si lo que realmente se quiere es cumplir con la LPI y con las Directivas comunitarias, compensando el daño realmente causado, es evidente que la norma que comentamos, no pasa el filtro de la mínima lógica, ni del mínimo rigor jurídico como posteriormente veremos, cuando analicemos los fallos judiciales habidos en la materia.

Este despropósito de norma no puede tener otro fundamento que el constante, y reiterado deseo de la Administración, de contentar a las entidades de gestión, en su ánimo recaudatorio. Afortunadamente nunca se ha llegado a aplicar esta disposición, seguramente porque había sido objeto de impugnación judicial, por parte de una de las Asociaciones representantes de los deudores, ASIMELEC, quien planteó el correspondiente recurso contencioso-administrativo contra la OM, y en concreto contra este precepto. Baste indicar de momento, y sin perjuicio del ulterior análisis, que el fallo de la Audiencia Nacional ha sido estimatorio, habiendo anulado tal precepto, si bien tal fallo ha sido recurrido ante el Tribunal Supremo por las entidades de gestión.

Si aplicáramos el famoso refrán castellano, que dice que “en el pecado se lleva la penitencia”, es claro que “el pecado” de la Administración de constante y reiterada protección de los intereses de los titulares de derecho de autor, obviando en muchos casos, como decíamos antes, no sólo el rigor jurídico, sino la más elemental lógica, ha tenido como consecuencia “la penitencia” de provocar un fallo que obligadamente, porque el error viene ab initio, ha generado bastante inseguridad jurídica, y ha

devuelto el problema a la Administración, que de nuevo tiene que legislar, para tratar de recuperar, ese rigor y esa lógica perdida.

8.2.3 Retroactividad de la OM:

El segundo aspecto destacable en la norma comentada es el relativo al posible carácter retroactivo de la misma, tal como se apunta en el apartado III del Preámbulo, que recoge por un lado la declaración de la propia ley, que establecía, como vimos, en el capítulo anterior, un claro y peligroso ejercicio de retroactividad, al fijar que las cuantías establecidas en la OM serían de aplicación con efectos desde la entrada en vigor de la propia ley.

Este era uno de los aspectos que más preocupaba a los deudores, pues como indicábamos, a pesar de la previsión legal, la falta de concreción de cuantías, impedía hacer cualquier provisión contable al respecto.

La solución la dio la propia OM, estableciendo el mantenimiento de las cuantías establecidas transitoriamente en la ley, (que en gran medida eran las previstas para equipos analógicos y las pactadas entre las entidades de gestión y ASI MELEC), hasta el 1 de julio de 2008. Recordemos que esa fecha era posterior a la entrada en vigor de la OM, y por otra parte coincidía con el inicio del periodo trimestral de declaraciones de equipos y soportes comercializados por los deudores, lo que sin duda facilitaba la adaptación de dichos deudores a las nuevas tarifas.

La propia orden reconocía la necesidad de dar una solución al carácter retroactivo de las cuantías, que se hubiera producido de aplicar la ley en los términos indicados. Así en referido apartado III del Preámbulo se decía: *“Esta solución busca evitar la dificultades prácticas de una retroacción que supone, en algunos casos la devolución y en otros el pago de cantidades por equipos hasta ahora no sometidos a*

la compensación. La adopción de esta solución se justifica, además, en la necesidad de dotar al sistema de la máxima seguridad jurídica.....un criterio de prudencia aconseja confirmar aquella y primar la seguridad jurídica”

Esta justificación del P reámbulo tiene su reflejo normativo en la Disposición final única que establece: “ *La presente Orden Ministerial entrará en vigor a partir del día siguiente de su publicación.*

Se aplicará para la relación de equipos, aparatos y soportes materiales de reproducción digitales establecidos en la Disposición transitoria única de la Ley 23/2006, de 7 de julio, en el periodo comprendido entre la entrada en vigor de la citada ley y el 30 de junio del 2008 las cuantías previstas en esa misma ley.

A partir del 1 de julio del 2008 se aplicará la relación de equipos, aparatos y soportes materiales de reproducción digitales así como las cuantías de compensación establecidas en el apartado primero de esta Orden y la distribución de las mismas previstas en el apartado segundo, hasta en su caso, la publicación de la Orden de revisión a la que se refiere el punto segundo del apartado tercero, que tendrá una vigencia de un año”.

Por tanto se prevén claramente dos periodos: el anterior al 1 de julio del 2008 al que se aplican las tarifas previstas en la ley por un lado, y el posterior al 1 de julio al que se aplican las tarifas previstas en la OM. Todo ello sin perjuicio que la propia OM entrara en vigor al día siguiente de su publicación, es decir el 20 de junio del 2008 (el BOE era el del 19 de junio).

De esta forma y con un mecanismo sobre el que luego profundizaremos, se solventan los graves problemas de inseguridad jurídica que la retroactividad implícita en la Ley, había provocado. Cabe cuestionarnos por qué la Ley llegó a establecer ese criterio retr oactivo. A nuestro juicio dos son las razones, que justificaron esta regulación: por un lado lo que no puedo por menos, que calificar de “obsesionada” tendencia t uitiva a los intereses de los titulares de derechos, y por otra el

convencimiento que esa retroactividad en el caso de aplicarse, no tendría demasiado impacto, dada la brevedad de los plazos previstos en la propia Ley.

Recordemos que la norma preveía cuatro meses máximos de negociación, más tres máximos para que la Administración resolviera la falta de acuerdo, mediante Orden Ministerial. Por tanto en la hipótesis más extensa, son siete meses como periodo máximo para tener unas nuevas tarifas. Sin duda el legislador pensó que era un periodo razonable de adaptación y de escaso impacto económico para los deudores. Con independencia de que considerar siete meses, como un periodo breve en la vida de las empresas, dada la situación y evolución de los mercados en la economía moderna, y los periodos breves de maduración de productos y precios, no deja de ser una presunción inexacta. Lo que no pudo prever el legislador es que, una vez más, la actitud timorata de la Administración, ante el problema de fijar un criterio, que le podía traer problemas o bien con un colectivo afín políticamente al partido en el gobierno en esas fechas, o bien un desgaste con la opinión pública, bastante motivada en contra del canon, por los movimientos de los consumidores en general y de los internautas en particular, provocara un retraso injustificable en la publicación de la norma, que debía haber sido publicada, como máximo el 24 de marzo del año 2007, y sin embargo fue publicada el mes de junio del 2008. Es decir con prácticamente 15 meses de retraso. Aplicar una norma con ese periodo de retroactividad, y además por culpa del retraso de la Administración, sin duda hubiera dado lugar a unos problemas empresariales graves, que probablemente hubieran motivado la impugnación de la OM, con exigencia incluso de la depuración de la oportuna responsabilidad administrativa, derivada del incumplimiento de los plazos. Dicho en otros términos, entre dar satisfacción, una vez más a los titulares de derecho, pero a cambio correr el riesgo de saturar los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, con demandas exigiendo la responsabilidad de la Administración, se hizo primar el criterio de seguridad jurídica de las empresas. Sin duda alguna, pero de la Administración también, aunque obviamente no se especificara en tal motivo, en el Preámbulo de la OM.

Aunque en un principio, pudiera parecer que el tratamiento que de la retroactividad, hace la OM, podía generar una mayor seguridad y tranquilidad entre los deudores, no es menos cierto que tal planteamiento no solucionaba, lo que en el argot de los negociadores y encargados de aplicar la norma se llamó la “retroactividad larga”, en contraste con la que había previsto la Ley, que se calificaba de “retroactividad corta”.

¿Qué se entendía por retroactividad larga?. Recordemos que la Ley establecía un régimen de futuro, que luego se concretaba con el resultado de una negociación, y en su efecto de una Orden Ministerial. Es decir la Ley no tenía un efecto liberatorio para el pasado, por lo que alguna Entidad de Gestión llegó a plantearse la posibilidad de reclamar cantidades por equipos digitales, previstos en la Orden Ministerial pero comercializados, con anterioridad a la Ley. Reconocida por Ley su “idoneidad”, se planteaba la posibilidad de acudir a un Juez para que se declarase la obligación de pago por esos equipos.

Debemos reconocer, que fue un ejercicio teórico, que no se llegó nunca a plasmar, pero que obviamente generó cierta inquietud en algunos deudores, y que fue utilizado más como argumento de presión por las Entidades de Gestión, respecto con aquellos deudores con los que tenía discrepancia, más que como acción directa judicial.

No obstante, y dentro del apartado de la retroactividad, hay que referirse a otra posibilidad, que sin duda también perturbó la tranquilidad del deudor, y es la derivada de la combinación del esquema recaudatorio y de límites de cuantificación del día, que vimos en el apartado anterior, y de los plazos y previsiones de revisión de la Orden Ministerial.

En efecto el esquema recaudatorio de la conocida como Orden Conjunta sobre el canon, se basaba en fijar unas cuantías predeterminadas de recaudación, que en la

Orden se dice corresponden al “perjuicio” ocasionado a los autores por la copia privada. Tales cuantías, para la modalidad de reproducción de obras divulgadas en forma de libros o publicaciones asimiladas reglamentariamente a libros, recordemos estaba comprendida entre 34.800.000 € y 37.200.000 €, y las correspondientes a la modalidad de reproducción de fonogramas u otros soportes sonoros y de reproducción visual o audiovisual, estaban comprendidas entre 75.400.000 € y 80.600.000 €.

Lo que establece la Orden PRE/1743/2008, en su apartado Tercero 1, es que en caso de que la recaudación efectivamente alcanzada entre el 1 de julio de 2008 y el 30 de junio de 2009 se sitúe fuera de estas horquillas, *las compensaciones y distribuciones establecidas en los apartados primero y segundo se revisarán al objeto de que las cantidades devengadas se sitúen dentro los límites mínimo y máximo anteriores, correspondientes a cada modalidad de reproducción citadas.*

Precisamente la referida Orden Conjunta, en su apartado tercero 2, lo siguiente:

“Los Ministerios de Cultura y de Industria, Turismo y Comercio efectuarán la revisión a que se refiere el punto 1 anterior, conforme a las reglas establecidas en el apartado 6 del artículo 25 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual y mediante la publicación de la correspondiente Orden cuya vigencia será de un año.

La interpretación, tanto literal como lógica, apunta a que será una nueva Orden Conjunta, la que revisaría en su día el canon, con el propósito de que la recaudación efectiva se sitúe dentro de los límites indicados.

Obvio es decir que si se dictara una nueva Orden, ello debía de ser así *para el futuro y no para el pasado*, que es precisamente lo que encierra el principio de irretroactividad de las normas jurídicas. En las autorizadas y sencillas palabras de

Federico de Castro, “ *irretroactividad significa que la ley se aplicará al futuro y no al pasado.*”

Esta interpretación es, en Derecho, muy obvia; pero en el tema del canon, el papel de *víctima* que, en algunos casos, se ha asignado tanto a los consumidores -que son los que en última instancia lo pagan- como a los denominados por la LPI *deudores*, quienes son los encargados de recaudarlo y liquidarlo a las Entidades de Gestión, abona, una vez más, razonables recelos con respecto de la neutralidad del regulador en esta cuestión, puesto que la experiencia dice que sus criterios casi siempre han estado del lado de lo que interesadamente han defendido las Entidades de Gestión. Pese a todo, no parecía probable que si se dictara la nueva Ordena que se refiere el apartado Tercero 2, de la Orden PRE/1743/2008, los Ministerios implicados se inclinaran por darle carácter retroactivo y ello al menos por los siguientes motivos:

- Razones de orden constitucional.
- Contravención del principio de irretroactividad de los reglamentos.
- Razones derivadas de actuaciones precedentes.

-Razones de índole constitucional.

La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional de España, forzosamente ha de ser más detallada y explícita que la llana y comprensible definición de De Castro, al haberse pronunciado en relación con el artículo 9.3 de la Constitución Española, relativo a la ***irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales*** (la negrilla es nuestra).

Existe una temprana Sentencia que resume bastante bien la Jurisprudencia Constitucional al respecto. Se trata de la STC 108/1986, de 29/07/1986, que

literalmente dice:

*Hay que advertir por otro lado, que según la doctrina de este Tribunal, la invocación del principio de irretroactividad no puede presentarse como una defensa de una inadmisble petrificación del ordenamiento jurídico (STC 27/1981, de 20 de julio; STC 6/1983, de 4 de febrero, entre otras). De aquí la prudencia que esa doctrina ha mostrado en la aplicación del referido principio, señalando que sólo puede afirmarse que una norma es retroactiva, a los efectos del art. 9.3 de la Constitución, cuando incide sobre «relaciones consagradas» y afecta «a situaciones agotadas» (Sentencia 27/1981 cit.); y una reciente Sentencia (núm. 42/1986, de 10 de abril), afirma que **«lo que se prohíbe en el art. 9.3 es la retroactividad, entendida como incidencia de la nueva Ley en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores, de suerte que la incidencia en los derechos, en cuanto a su proyección hacia el futuro, no pertenece al campo estricto de la irretroactividad»** (la negrilla es nuestra).*

Aquí nos hallaríamos -obvio es decirlo-, ante una inadmisble alteración de efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores, sobre todo por cuanto que si bien *formalmente* los *deudores* son empresas, la propia LPI literalmente establece, en varios preceptos, que el canon se *repercute* al consumidor final (artículo 25.17 y 18), y de encontrarnos ante una Orden retroactiva el canon sería ya de imposible repercusión, con lo cual se aplicaría al pasado y no al futuro.

Otras Sentencias del Tribunal Constitucional, son tanto o más explícitas que la anterior; así por ejemplo la STC 97/1990, de 24 de mayo, citada por Villar Palasí y Suñé Llinás, en su Comentario al artículo 9 de la Constitución, en la obra colectiva publicada por EDESA y las Cortes Generales, dice al literal:

Como ya hemos afirmado en la S.T.C. 42/1986 (F.J. 3º) lo que prohíbe el artículo 9.3 C.E. es la retroactividad entendida como incidencia de la nueva ley en los efectos jurídicos ya producidos en situaciones anteriores, pero no, la incidencia de la

nueva ley en los derechos en cuanto a su proyección hacia el futuro (F.J. 4º).

Pese a que no es fácil en contrar Jurisprudencia Constitucional e específica, relativa a la irretroactividad de disposiciones reglamentarias, en la medida en que dicha Jurisprudencia, en los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad se refiere a normas con rango de Ley y que, además, el artículo 9.3 CE, no figura entre los susceptibles de Amparo constitucional, el criterio presente en las Sentencias citadas del Tribunal Constitucional podría conducir, incluso, a una declaración de inconstitucionalidad de una Ley que estableciera el canon con efectos retroactivos; tanto por contravenir el principio de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales del artículo 9.3 de la Constitución, como por vulnerar el principio de seguridad jurídica -que no en vano significa *predictibilidad del Derecho*-, establecido asimismo en el artículo 9.3 CE.

Con toda probabilidad -por no decir seguridad-, ésta fue la principal de las razones, además de las comentadas anteriormente, por las que la Orden renunció a fijar el canon con carácter retroactivo; pese a lo establecido en el párrafo 3º de la Disposición Transitoria Única de la ley 23/2006, de Reforma del TR de la LPI, al estar el Gobierno debidamente advertido por los dueños, entre otras cuestiones, de los riesgos de inconstitucionalidad que ello hubiera entrañado.

Recordemos el tenor (retroactivo) de la Disposición Transitoria Única (3º) de la Ley:

“3. La primera Orden Ministerial que se dicte en aplicación de lo previsto en el apartado 6 del artículo 25 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual tendrá efectos a contar desde la fecha de entrada en vigor de esta Ley.”

Pues bien, si el Gobierno renunció, en la Orden Conjunta, a establecer la retroactividad de las tarifas del canon que le permitía, -y hasta podría interpretarse que le imponía- una norma con rango de ley, no tendría ningún sentido que en el

futuro pretendiera hacer lo propio en una n orma reglamentaria, d esprovista, por demás, de habilitación legal alguna.

Es importante insistir en lo anterior, porque si ya la retroactividad establecida en las leyes puede hallarse, según los casos, con serias dificultades de orden constitucional; la posibilidad de dictar reglamentos con carácter retroactivo -cual es el supuesto que nos ocupa-, se encontraba con dificultades mayores todavía.

- Contravención del principio de irretroactividad de los reglamentos.

El principio de irretroactividad de las disposiciones reglamentarias, tiene un ampliamente mayoritario respaldo doctrinal y resulta asimismo acogido -aunque con más matices- en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

A nivel doctrinal valgan unas breves citas de muestra, tanto en el ámbito del Derecho Administrativo, como en el del Derecho Constitucional.

García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, en su conocido *Curso de Derecho Administrativo* de Thomson/Civitas, abogan por limitar la irretroactividad a que se refiere el artículo 9.3 CE, en el caso de los reglamentos: el límite no estaría en el tipo de derecho afectado, sino en la naturaleza de la disposición cuya retroactividad se pretende.

En cuanto a la irretroactividad de los reglamentos propiamente dicha, mantienen, con base en el artículo 57.3 de la Ley 30/1992, del Procedimiento Administrativo Común, que si la Ley prohíbe a la Administración otorgar eficacia retroactiva a un acto singular, para proteger a los ciudadanos frente al riesgo de una agravación de su situación, resultante de la mera voluntad de una organización subordinada, tanto más debe entenderse prohibida por las mismas razones la aplicación hacia atrás de esa misma voluntad, cuando ésta pretende operar, con carácter general, respecto de todos los casos posibles (supuesto de una disposición reglamentaria).

La irretroactividad *in pejus* de los reglamentos, resulta así una consecuencia del principio de legalidad al que ha de acomodarse en todo caso la actuación de la Administración Pública (art. 103.1 de la Constitución), y está sancionada en el artículo 62.2 de la propia Ley 30/1992, al prescribir que “*también serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que establezcan la retroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de los derechos individuales*”, de forma que sólo en los supuestos del artículo 57.3 de la Ley del Procedimiento Administrativo Común 30/1992 (retroactividad *in bonus*) sería admisible la aplicación hacia el pasado de las normas reglamentarias.

Idéntico criterio al expresado por administrativistas tan destacados como García de Enterría y T. R. Fernández, lo hallamos en constitucionalistas igualmente relevantes. Así por ejemplo, en el Manual de Derecho Político Español de Óscar Alzaga, Ignacio Gutiérrez y Jorge Rodríguez Zapata (este último es en la actualidad Magistrado del Tribunal Constitucional), de la Editorial Ramón Areces, se dice en la página 544:

D) La irretroactividad de los reglamentos

El artículo 9.3 CE se viene interpretando en el sentido de que el Gobierno no puede, a través de la potestad reglamentaria, establecer regulaciones -en cuanto afecten a los ciudadanos- con efectos retroactivos. He aquí otra diferencia más entre ley y reglamento.

Como se ha dicho, en la doctrina, el principio de irretroactividad de los reglamentos es ampliamente mayoritario y en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo,

más matizado, aunque en líneas generales, también está presente; o al menos se ha dado una evolución desde una tesis inicial, prácticamente coincidente con la doctrinal, hasta una línea jurisprudencial actual más matizada -como se decía-, pero igualmente contraria a la retroactividad de los reglamentos, cuando afectan a situaciones jurídicas ya consolidadas.

Procedemos a continuación, a un breve resumen de ambas líneas jurisprudenciales:

a.- La tesis radicalmente contraria a la retroactividad de los reglamentos del Gobierno es mantenida, entre otras, por la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, Sección 3ª, de 13 de febrero de 1989 (Ar. 2.464. Ponente: J. L. Martín Herrero) que en su F.J. 3º afirma:

Este Tribunal, en Sentencias de 5 de febrero de 1987 [Ar. 509] (de esta misma Sala) y de 24 de marzo del mismo año [Ar. 3.806] (de la Sala Cuarta) ya ha precisado que si bien la retroactividad puede ser establecida por una Ley, es dudoso que pueda hacerlo un Reglamento, llegando a la conclusión de que la retroactividad solamente puede ser establecida por una norma con rango de ley formal, teniendo en cuenta que el artículo 2 del Código Civil y el 9-3 de la Constitución Española garantizan la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de los derechos individuales, lo que obliga a concluir que la retroactividad queda excluida de la potestad reglamentaria de la Administración.

b.- La tesis más matizada es favorable a la posibilidad de que existan Reales Decretos reglamentarios *con efecto retroactivo*, siempre con el límite del respeto a los derechos adquiridos por los particulares. De dicho tenor son las argumentaciones

contenidas en las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala 3ª, Sección 3ª, de 11 de junio de 1.996 (Ar. 5.408) y 25 de noviembre de 1.997 (Ar. 8.642). Esta última, en concreto, (Ponente: E. Escusol Barra) en su F.J. 6 expone con detalle la referida doctrina jurisprudencial al declarar:

Ante el planteamiento de los recurrentes, debemos preguntarnos: ¿cómo debe ser entendido el término leyes que emplea el artículo 2.3 del Código Civil? Y la respuesta es ésta: La doctrina más autorizada, teniendo en cuenta los antecedentes de dicho precepto legal, entendió que con el término leyes se alude a toda clase de disposiciones jurídicas, dado que hay que emplear la palabra leyes en sentido amplio. Según esta posición doctrinal, construida a partir de los antecedentes del Código Civil y tras la publicación del mismo, en el término leyes estaría comprendidas las leyes formales, las disposiciones del ejecutivo con rango de ley y los reglamentos.

A partir de la Constitución Española de 1978, la cuestión de la posibilidad de que una disposición reglamentaria pueda contener un precepto que le dé carácter retroactivo se convirtió en un tema polémico, de suerte que se pusieron frente a frente dos tesis defendidas por sectores doctrinales distintos:

Según una de esas tesis, los reglamentos no tienen ningún límite específico para poder establecer efectos retroactivos a sus disposiciones; según la segunda tesis, los reglamentos no pueden establecer que sus disposiciones tengan efectos retroactivos y ello radicalmente, es decir, en ningún caso. La polémica sobre la cuestión de si los reglamentos pueden dar efectos retroactivos a sus disposiciones, se ha planteado ante los Tribunales. Y así Sentencias del Tribunal Supremo, tales, como las de 15 abril 1980[Ar. 1.335], 27 febrero 1981 [Ar. 690], 13 noviembre 1981, 26 enero 1982[Ar. 301], 29 febrero 1982, 18 mayo 1983[Ar. 3.358] y 29 julio 1986[Ar. 6.912], son expresión de la primera de las tesis indicadas, si bien teniendo en cuenta que el artículo 9.3 de la Constitución Española de 1978, garantiza la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales: tal doctrina ha sido recogida por la reciente Sentencia de esta Sala de 23 abril

1997[Ar.3.363], en la que se dice que los reglamentos están incluidos en la expresión leyes que utiliza el Código Civil. La Constitución, pues, garantiza la irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales.

A la vista de todo este planteamiento, y en resumen no se estimó, ni al día de hoy estimamos como probable, que si se dictara una nueva Orden, a la que se refiere el apartado Tercero 2, de la Orden PRE/1743/2008, los Ministerios implicados se inclinen por darle carácter retroactivo, puesto que un hipotético intento de conferir carácter retroactivo a la Orden que eventualmente se dictase, para el supuesto de que las cuantías de recaudación del canon, no se ajustaran a los límites mínimo y máximo, establecidos en la Orden PRE/1743/2008, contravendría flagrantemente el principio de jerarquía normativa, con la consiguiente nulidad radical de dicha nueva Orden, al menos por las siguientes razones:

a) Interpretación literal y lógica de la Orden PRE/1743/2008, de la que derivaría la nueva Orden Conjunta, de la que se desprende que ésta establece criterios correctivos de las tarifas para el futuro y no para el pasado.

b) De orden constitucional, porque vulneraría el principio de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales, tal como ha sido definido por la Jurisprudencia Constitucional, así como el principio de seguridad jurídica, ambos establecidos por el artículo 9.3 de la Constitución, al incidir forzosamente la nueva disposición en situaciones jurídicas previamente consolidadas, al ser de imposible aplicación la repercusión del canon al consumidor final, establecida en la LPI (artículo 25.17 y 18).

c) Contravendría el principio de irretroactividad de los reglamentos, afirmado categóricamente por la doctrina y también -aunque de forma más matizada- por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, Tribunal que, en cualquier caso, mantiene idéntico criterio que el ya señalado del Tribunal Constitucional.

d) Supondría apartarse del criterio seguido por la Administración en actuaciones precedentes y en concreto al dictar la propia Orden PRE/1743/2008, en la que se reconoce expresamente que la irretroactividad de una Orden de estas características, aun en el supuesto de que derive de lo establecido en una norma con rango de ley -lo que ahora no sería siquiera el caso- contravendría el principio constitucional de seguridad jurídica.

En conclusión podemos comprobar, que el carácter retroactivo del canon, a pesar del criterio restrictivo que la irretroactividad tiene en nuestro ordenamiento, ha sido constantemente usado como “espada de Damocles”, contra los deudores, y al servicio de los intereses de los acreedores.

8.2.4 El fraude

La tercera idea, a nuestro juicio fundamental, que se alude en el Preámbulo de la OM, es la relativa al fraude. En efecto, al respecto dice literalmente el citado

Preámbulo: *“Asimismo, resulta necesario desplegar una lucha más efectiva contra el fraude en el pago de la compensación equitativa por copia privada, dado que este perjudica de manera relevante a la actividad de las empresas del sector de las tecnologías de la información y a los acreedores de la compensación equitativa por copia privada, así como a la Administración Tributaria”.*

Es realmente satisfactorio y plausible que, un fenómeno como el fraude de que, como hemos visto en otros capítulos, ha tenido una influencia decisiva, en el desarrollo y aplicación de la institución, y tantos problemas generó a acreedores y deudores, por fin sea aludido en un texto legal.

A lo largo de la vida de la copia privada en España, y la compensación del daño causado por la misma, el fraude ha sido una constante, que ha acompañado a la institución, casi como si de una característica o requisito básico se tratara. En terminología penal, sería casi como un elemento básico del tipo penal. El fraude ha sido consustancial a la copia privada. Por eso no deja de llamar la atención que el legislador, haya tardado casi dieciséis años (recordemos que los primeros pagos y por tanto fraude se producen en el año 1992) en, tan siquiera, aludir al fenómeno, en un texto legal.

Como dice el refrán castellano: “nunca es tarde si la dicha es buena”. Pues bien parafraseando ese refrán, podemos indicar que en este caso, la dicha fue poca, pues tal declaración y reconocimiento legal no ha tenido consecuencia positiva alguna.

En efecto nadie esperaba que se encontrara e incorporara en la OM, una “fórmula mágica” que acabara con este fenómeno, contra el que ya sabemos es complejo luchar. Lo que no se esperaba es que después de reconocer en el Preámbulo la existencia del fenómeno, y su importancia, no se aludiera al mismo ni se estableciera regulación alguna en la parte dispositiva de la OM.

En efecto el Preámbulo, junto a la declaración anteriormente citada se añade:
“En este sentido y con este objetivo, los Ministerios de Cultura y de Industria, Turismo y Comercio propiciarán la creación de un Grupo de Trabajo compuesto por las asociaciones sectoriales que representan mayoritariamente a los deudores y las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual que representan a los acreedores”.

Insistimos que después de esta declaración, no se contuvo previsión legal alguna sobre el grupo de trabajo, su constitución, reglas de funcionamiento, o cualquier otro. La consecuencia no pudo ser más evidente, hasta el momento el grupo jamás ha sido convocado, y por tanto no ha desarrollado actividad alguna en relación al fraude.

En definitiva que el reconocimiento de la existencia del fraude, sobre el que tanto habían insistido los deudores, quizás porque eran los que más sufrían el fenómeno, se ha quedado en una mera declaración testimonial, sin eficacia alguna.

8.2.5 La cuestión del disco duro

Una de las cuestiones que más polémica, discusión y por qué no decirlo, lucha de lobbies parlamentarios, fue la exclusión de la compensación equitativa de los discos duros de ordenador. La cuestión no se limitó sólo a justificar la razón de su exclusión o no, sino que alcanzó la propia definición de disco duro.

En efecto se trataba de excluir aquellos equipos que a pesar de contar con las características técnicas, que les permitían la fijación o grabación de material protegido, sin embargo su finalidad era de ámbito profesional, casi en la mayoría de los casos, o bien necesitaban un acceso a la red para obtener la fuente de los contenidos, o bien otro dispositivo (CDs, dvd, UBS, etc..) que ya satisfacía el canon.

Resignadas una de las partes, los acreedores, a que era inevitable la exclusión de los discos duros, centraron sus esfuerzos en limitar el alcance de la exclusión, tratando de matizar la definición del disco duro, en el sentido de conseguir una definición restrictiva del mismo.

La cuestión no estuvo exenta de polémica, que alcanzó plenamente los debates parlamentarios. A tal efecto podemos indicar por haberlo experimentado personalmente, que en las sesiones de la Comisión de Cultura, en el debate de la ley, y con ocasión de haber citado a expertos para su comparecencia, al efecto de aclarar las dudas de los parlamentarios, una de las preguntas planteadas a todos los expertos citados, era la aportación de una definición de disco duro. Como era de esperar, no hubo una sola coincidencia en las definiciones aportadas.

A la vista de la dificultad de definir el disco duro, y sobre todo la polémica suscitada al respecto, la ley optó por una decisión práctica: ratificar la exclusión del disco duro, remitiéndose a la OM para determinar su definición. Veremos a continuación como la OM resuelve la cuestión.

En efecto la OM, da la siguiente definición de disco duro:

Conforme el párrafo b) del apartado 7 del artículo 25 de la Ley de Propiedad Intelectual y a los efectos en él previstos se entiende por «disco duro de ordenador» el dispositivo de almacenamiento magnético de un ordenador en el que se aloja el sistema operativo de dicho ordenador, al cual está conectado con carácter permanente, de forma que éste solo y exclusivamente pueda servir de disco maestro o del sistema en el sentido de que su conexión sólo le permite adoptar esa funcionalidad y no la de disco esclavo.

En otras palabras, lo que hace la Orden definitivamente aprobada, es insistir en adoptar una definición de *disco duro* restrictiva, a fin de evitar en lo posible que los discos fijos magnéticos puedan escapar del pago del canon, al amparo del artículo 25.7.b) de la Ley de Propiedad Intelectual. Decimos *insistir*, en el sentido de que un anterior borrador de Orden Conjunta, contenía una definición restrictiva del concepto *disco duro* muy parecida a la actual a fin, como se acaba de decir, de evitar en lo posible que los discos duros de ordenador escapasen del pago del canon. La mayor diferencia entre el anterior borrador y la Orden definitiva, es que aquél circunscribía la expresión *discos duros* (exentos) a los ordenadores de *sobremesa*, lo que planteaba no pocas dificultades, y la Orden definitivamente aprobada no lo hace; pero por lo demás, la Orden es sensiblemente análoga en este sentido a la ley y al respecto podemos hacer las siguientes consideraciones:

En la Orden se produce la paradoja lógica de que se grava a los “discos duros que no son discos duros” -tal como suena, aunque no se diga así literalmente- con nada menos que con 12 Euros unidad; puesto que los “discos duros que sí son discos duros” y, en consecuencia, están exentos del canon, tienen la definición restrictiva.

Tal definición, bajo la apariencia de atenerse al artículo 25.7.b) LPI, lo deforma

de tal manera que sencillamente lo contraviene. Recordemos dicho precepto legal:

b) Los discos duros de ordenador en los términos que se definan en la orden ministerial conjunta que se contempla en el anterior apartado 6 sin que en ningún caso pueda extenderse esta exclusión a otros dispositivos de almacenamiento o reproducción.

Es decir, que la Ley habilita a la Orden para definir el concepto “disco duro” y la Orden, en lugar de atenerse a la Ley, la contraviene, pues una vez definido el concepto de disco duro -exento-, lo que hace de una manera completamente restrictiva y sin ninguna base técnica en su punto primero 2, se refiere con la expresión “disco duro”, en otros de sus preceptos, a productos que sí están sujetos. Desde Aristóteles uno de los 3 grandes postulados de la lógica es el de no contradicción y, en consecuencia, no puede haber discos duros que lo sean y otros discos duros que no lo sean.

En la práctica, lo que hace la Orden es vulnerar la Ley y no respetar la exclusión del canon de los discos duros de ordenador. ¿Cuál es la razón?. Si observamos que la práctica integridad del canon recaudado por los “discos duros que no son discos duros” (sujetos) se imputa a videogramas, la conclusión es clara. Indirectamente las entidades de gestión pretendían conseguir por esta vía, algo que no consiguieron en su momento y es que se gravara la “banda ancha”, pues los contenidos que los internautas se bajan de la red, se suelen registrar inicialmente en un disco duro de ordenador. Es decir, que lo que no prosperó en la tramitación parlamentaria de la Ley 23/2006, se trató de introducir por vía indirecta en la Orden Ministerial conjunta, con lo que de nuevo se contraviene la voluntad del legislador y, por tanto, la ley misma.

Una normativa tan contradictoria, que refleja el particular estilo de las entidades de gestión, ha de adolecer, además, de numerosos problemas. Por ejemplo, el mismo modelo de disco duro de ordenador estará exento o gravado, en función de que se use como “disco maestro” o no, o que contenga o no el sistema operativo. Y qué sucede cuando un ordenador tiene dos discos magnéticos idénticos, de 60 GB cada uno, ¿que uno es “disco duro” y otro no?. ¿Y si en vez de tener dos de 60 tiene uno solo de 120, el consumidor se ahorra el canon? ¿Y si se estropea uno de los discos, cómo sabe el vendedor del repuesto si está vendiendo un “disco duro que lo es” o un “disco duro que no lo es”?, etc.

Como vemos, lejos de resolver el problema, la OM generó no pocas dudas en su aplicación. ¿Qué se podía hacer ante esta situación?. ¿Recurrir en sede jurisdiccional Contencioso-administrativa la Orden de Presidencia 1743/2008, impugnando la definición de disco duro? Tras diversas valoraciones, los deudores decidieron no impugnar la OM, pues en un sistema que parte de una determinación apriorística de cantidades a recaudar, el margen de discusión sobre los equipos, aparatos y soportes sujetos, así como las correspondientes cuantías se torna muy resbaladizo, pues lo que se minora por un lado se pagará por otro; es decir que la defensa de posturas que reduzcan el canon para una determinada gama de productos y, en consecuencia, beneficien a una parte de nuestros asociados, indefectiblemente perjudicarán a otros productos y empresas asociadas. Por una vía o por otra, siempre se va a llegar al mismo resultado, expresado en Euros. Al final, como de costumbre, casi toda la reforma de la LPI se reduce a una cifra crematística.

Para terminar con la cuestión de los *discos duros*, corresponde añadir que si bien los *de ordenador* en ocasiones están sujetos al pago del canon y otras no; en cambio los discos duros que no sean de ordenador, siempre estarán sujetos al

pago del canon. En concreto, lo que establece la Orden definitivamente aprobada, es lo siguiente:

“h) Para discos duros integrados o no en un equipo, idóneos para la reproducción de videogramas y fonogramas, entendiéndose por tales discos duros todos aquéllos que no estén afectados por la definición que a los efectos del 25.7.b) de la Ley de Propiedad Intelectual, se contiene en el punto 2 de este apartado: 12,00 euros por unidad.

Los discos duros que estén integrados en equipos descodificadores de señales de televisión digital quedarán excluidos del pago de la compensación por copia privada durante el primer año de vigencia de esta Orden. Transcurrido dicho plazo, el importe a satisfacer en concepto de compensación equitativa por copia privada por estos equipos será de 12,00 euros por unidad.”

Esta última referencia, trae su causa de la negociación previa a la redacción de la OM, en la que se constató que, dada la escasa penetración en aquel momento de la televisión digital, los mencionados equipos decodificadores debían de quedar exentos al menos por un periodo de tiempo, hasta que la evolución del mercado, permitiera constatar un efectivo daño a compensar.

8.2.6 Otros aspectos de la Orden Ministerial

Para finalizar el análisis del contenido de la Orden Ministerial, obviamente nos tenemos que referir a su objeto principal, cual era la determinación de equipos y soportes afectados, así como los importes correspondientes. A tal efecto dedica la OM el apartado Primero de su parte dispositiva, bajo el epígrafe: *“Equipos, aparatos y soportes materiales, sujetos al pago de la compensación por copia privada y las cantidades aplicables”*. A continuación hace una exhaustiva referencia a esos equipos

e importes, que podemos detallar en el cuadro siguiente, que además contiene un comparativo con la tarifa vigente hasta ese momento:

TID		
	TARIFAS LEY 23/2006	TARIFAS PRE/1473/2008
MFC inyección de sobremesa con pantalla de exposición cuyo peso no supere los 17 kilos, capaces de realizar al menos dos de las siguientes funciones: copia, impresión, fax o escáner:	15,00 €	7,95 €
MFC láser de sobremesa con pantalla de exposición cuyo peso no supere los 17 kilos, capaces de realizar al menos dos de las siguientes funciones: copia, impresión, fax o escáner.	15,00 €	10,00 €
Escáneres monofunción que permitan la digitalización de documentos.	9,00 €	9,00 €
Equipos o aparatos con capacidad de copia estándar de hasta 9 cpm.	15,00 €	13,00 €
Equipos o aparatos con capacidad de copia estándar desde 10 hasta 29 cpm.	121,71 €	127,70 €
Equipos o aparatos con capacidad de copia estándar desde 30 hasta 49 cpm.	162,27 €	169,00 €
Equipos o aparatos con capacidad de copia estándar desde 50 hasta 69 cpm.	200,13 €	197 €
Equipos o aparatos con capacidad de copia estándar de 70 o más cpm.	200,13 €	227,00 €
Soportes, Electrónica de Consumo, Hardware y TM		
	TARIFAS LEY 2006	TARIFAS PRE/1473/2008
Grabadora de discos compactos específicos	0,60 €	0,60 €
Grabadora de discos compactos mixtos	0,60 €	0,60 €
Grabadora de discos versátiles específicos	6,61 €	3,40 €
Grabadora de discos versátiles mixtos o de discos compactos y versátiles	6,61 €	3,40 €
CD no regrabables	0,21 €	0,17 €
CD regrabables	0,21 €	0,22 €
DVD no regrabables	0,60 €	0,44 €
DVD regrabables	0,60 €	0,60 €
Memorias USB y otras tarjetas de memoria no integradas en otros dispositivos	0,00 €	0,30 €
Discos duros integrados o no en un equipo, idóneos para la reproducción de videogramas y fonogramas	0,00 €	12,00 €
Discos duros que estén integrados en equipos decodificadores de señales de televisión digital	0,00 €	Exentos durante 1er año vigencia Orden, después a 12,00€
MP3 y MPG4 Dispositivos reproductores de fonogramas, videogramas o de otros contenidos sonoros, visuales o audiovisuales en formato comprimido	0,00 €	3,15 €
Teléfonos móviles con funcionalidad de reproducción de fonogramas en formato comprimido	0,00 €	1,10 €

Sin duda, nos encontramos ante el aspecto de más transcendencia de la norma comentada, si bien desde el punto de vista económico y empresarial, y no desde el punto de vista jurídico, que salvo lo referido anteriormente respecto al disco duro, no merece especial valoraciones.

El último aspecto al que nos referiremos es al apartado Segundo de la OM, que bajo el enunciado de: *“Distribución de las cantidades entre diferentes modalidades de reproducción de libros, de sonido y visual o audiovisual”*, se refiere concretamente a los criterios de distribución, entre los titulares de derecho y sus representantes, entidades de gestión de las cantidades recaudadas.

Obviamente la nueva realidad tecnológica y los hábitos de uso de los consumidores, obligan a una revisión de esta materia. Así como en el ámbito analógico, los criterios eran bien sencillos y se establecían porcentajes de distribución globales por bloques, en el ámbito digital esa distribución se realizaba también por porcentajes, pero no por bloque sino producto a producto, lo que sin duda obligó a una mejor coordinación entre las entidades de gestión a la hora de facturar.

En este apartado, tampoco existen cuestiones de especial relevancia jurídica, pues la única discrepancia que pudiera existir, traería su causa del criterio de las entidades de gestión, que pudieran interpretar que los porcentajes de determinados productos, no se corresponden con los hábitos de uso de los consumidores.

Para finalizar si que es necesario, destacar una novedad y es la aparición por primera vez, de la participación del bloque de reproducción de libros y obras asimiladas, en la recaudación de determinados productos como grabadoras de discos versátiles mixtos, o en discos compactos no regrabables, por ejemplo. Aunque el porcentaje de participación que se establece, es especialmente bajo, 1,1%, no cabe duda que el reconocimiento de la incidencia de la aparición como novedad

tecnológica del libro electrónico en estos productos, fue determinante para el reconocimiento por primera vez de esta novedad.

8.2.7 Impugnabilidad de la Orden Ministerial.

A diferencia de otros apartados de este trabajo, no hemos titulado este epígrafe, como de valoración jurídica, por entender que el aspecto más relevante de esa posible valoración, es la adecuación de la OM de la norma de la que trae causa, y a la que debe desarrollar, es decir a la Ley de Propiedad Intelectual en su versión de 7 de julio de 2006, y por consiguiente las posibilidades de impugnación por su supuesta falta de adecuación a esa norma.

Del análisis de la norma podemos sintetizar en dos los aspectos, que consideramos que la OM incumpliendo el principio de legalidad, y de jerarquía normativa, podía ser objeto de impugnación:

- a) Por un lado, por vulneración del art 25 de la LPI en lo relativo a la ilegalidad de las cuantías globales de recaudación establecidas en la Orden.
- b) En concreto y respecto a este tema recordemos que el apartado 6 del art. 25, establecía:

“6. Para los equipos, aparatos y soportes materiales de reproducción digitales, el importe de la compensación que deberá satisfacer cada deudor será el que se apruebe conjuntamente por los Ministerios de Cultura y de Industria, Turismo y Comercio, conforme a las siguientes reglas:

3.^a Los Ministerios de Cultura y de Industria, Turismo y Comercio, en el plazo de tres meses, contado desde la comunicación o desde el agotamiento del plazo

referidos en la regla anterior, establecerán, mediante orden conjunta, la relación de equipos, aparatos y soportes materiales, las cantidades aplicables a cada uno de ellos y, en su caso, la distribución entre las diferentes modalidades de reproducción de libros, de sonido y visual o audiovisual, previa consulta al Consejo de Consumidores y Usuarios y previo informe del Ministerio de Economía y Hacienda. Dicha orden ministerial conjunta tendrá que ser motivada en el caso de que su contenido difiera del acuerdo al que hayan llegado las partes negociadoras. En tanto no se apruebe esta orden ministerial se prorrogará la vigencia de la anterior.

4.^a Las partes negociadoras dentro del proceso de negociación y, en todo caso, los Ministerios de Cultura y de Industria, Turismo y Comercio, a los efectos de aprobación de la orden conjunta a que se refiere la regla anterior, deberán tener en cuenta, entre otros, los siguientes criterios:

a) El perjuicio efectivamente causado a los titulares de derechos por las reproducciones a que se refiere el apartado 1, teniendo en cuenta que si el perjuicio causado al titular es mínimo no podrá dar origen a una obligación de pago.”

A modo de comentario se dirá que la Ley (LPI) sólo habilita a la Orden para establecer la *relación de equipos, aparatos y soportes materiales, las cantidades aplicables a cada uno de ellos y, en su caso, la distribución entre las diferentes modalidades de reproducción de libros, de sonido y visual o audiovisual*. En ningún caso existe habilitación legal alguna para proceder a establecer cuantías recaudatorias globales. No obstante hay que advertir que, en una interpretación forzada de la Ley, que nunca es deseable y menos en el Orden Jurisdiccional Contencioso Administrativo, que parte del principio de presunción de validez de los actos administrativos, se podría argumentar que el mismo precepto, en su apartado 4.^a a) permite apreciar el perjuicio efectivamente causado a los titulares de derechos, de lo que podría colegirse la existencia de una habilitación legal para cuantificar un supuesto perjuicio global, expresado en una cuantía económica; argumento que sin duda puede ser a su vez fácilmente contestado, en el sentido de que la referencia del

precepto se relaciona, a todas luces, con tarifas concretas del canon y no con una recaudación global, que es un concepto completamente ajeno a la LPI.

b) Vulneración del art. 25 de la LPI en relación con los discos duros de ordenador.

Recordemos que la LPI a este respecto establecía:

“7. Quedan exceptuados del pago de la compensación:

b) Los discos duros de ordenador en los términos que se definan en la orden ministerial conjunta que se contempla en el anterior apartado 6 sin que en ningún caso pueda extenderse esta exclusión a otros dispositivos de almacenamiento o reproducción.”

La excepción de los discos duros de ordenador es, sin duda, una excepción incondicionada, conforme puede observarse en el propio Preámbulo de la Ley 23/2006, de reforma del TR de la LPI, que literalmente dice:

“Se excluyen expresamente los discos duros de ordenador, sin que haya sido necesario explicitar la exclusión de las conexiones ADSL, dado que éstas no son, por su propia naturaleza, ni equipos, ni aparatos, ni soportes materiales susceptibles de reproducir, sino que son meras conexiones, por lo que en ningún caso podrían quedar sujetas a pago de ninguna clase, en atención a unas reproducciones de imposible realización.”

Es evidente que la remisión legal a la Orden, en cuanto a la definición de los discos duros de ordenador, se hace por contraste a otros dispositivos de almacenamiento o reproducción, bien sean discos duros, pero no de ordenador; bien se trate de periféricos de ordenador destinados al almacenamiento, pero que no puedan ser calificados de disco duro.

Así por ejemplo, la Orden se refiere -correctamente- como no exentos (al menos a partir de determinada fecha) a discos duros que no son de ordenador, como los integrados en equipos descodificadores de señales de televisión:

“Los discos duros que estén integrados en equipos descodificadores de señales de televisión digital quedarán excluidos del pago de la compensación por copia privada durante el primer año de vigencia de esta Orden. Transcurrido dicho plazo, el importe a satisfacer en concepto de compensación equitativa por copia privada por estos equipos será de 12,00 euros por unidad.”

Conforme ya comentamos anteriormente, lo que no se puede hacer es lo que efectivamente hace la Orden de Presidencia 1743/2008, que da la siguiente definición de disco duro:

“Conforme el párrafo b) del apartado 7 del artículo 25 de la Ley de Propiedad Intelectual y a los efectos en él previstos se entiende por “disco duro de ordenador» el dispositivo de almacenamiento magnético de un ordenador en el que se aloja el sistema operativo de dicho ordenador, al cual está conectado con carácter permanente, de forma que éste solo y exclusivamente pueda servir de disco maestro o del sistema en el sentido de que su conexión sólo le permite adoptar esa funcionalidad y no la de disco esclavo.”

En lugar de *definir* el concepto de disco duro (exento), lo que hace es *restringir* la exención legal a aquellos discos duros en los que se aloja el sistema operativo, lo que contraviene flagrantemente la Ley, dando lugar a resultados paradójicos, como la sujeción a canon de determinados *discos duros* -a los que además se denomina por su nombre-; así por ejemplo cuando la Orden literalmente dice:

“Para discos duros integrados o no en un equipo, idóneos para la reproducción de videogramas y fonogramas, entendiéndose por tales discos duros todos aquéllos que no estén afectados por la definición que a los efectos del 25.7.b) de la Ley de

Propiedad Intelectual, se contiene en el punto 2 de este apartado: 12,00 euros por unidad.”

No es cuestión de abundar aquí, una vez más, en criterios ya expuestos anteriormente; pero está claro que la Ley a lo único que habilita es a definir los discos duros de ordenador, con la ineludible consecuencia de la exención del canon y en ningún caso a definir un concepto de disco duro de ordenador exento y otro disco duro de ordenador no exento. Esto es flagrantemente ilegal y, en la medida en que sea previsible podría producir una decisión por la que la Jurisdicción Contencioso Administrativa debiera declarar la nulidad de preceptos como los reseñados, que infringen flagrantemente la LPI.

Una vez comprobado la existencia de causas de impugnabilidad, lo que analizaron los deudores fue el diseño de la adecuada estrategia, y el análisis de las consecuencias del planteamiento del recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, planteando la ilegalidad de la OM. Como veremos a continuación no era una tarea fácil, ni exenta de riesgo. En efecto comprobaremos, que no existía falta de convencimiento ante la solidez jurídica de los argumentos de impugnación, sino más bien lo que podríamos llamar efectos colaterales, que podría producir un mayor perjuicio que un fallo positivo en los apartados concretos comentados.

En efecto, existía un riesgo no enunciado de abrir la caja de Pandora de otros posibles recursos a plantear por las gestoras de derechos de autor, e incluso de un recrudecimiento de la presión de éstas frente a la Administración; porque -no nos engañemos- tampoco ellos consiguieron con la OM, ni mucho menos la totalidad de sus objetivos, en una lucha en la que, a pesar que desde el lado de los deudores, se consideraba desigual, se habían obtenido unos resultados mucho mejores de lo esperado, a tenor de las circunstancias.

Por ejemplo, era muy difícil conseguir que la Orden no se dictase con efectos retroactivos, por la sencilla razón de que la Ley es tajante en el sentido de atribuir tales

afectos retroactivos a la Orden, en una Disposición Transitoria Única 3, que literalmente dice: “ *La primera Orden Ministerial que se dicte en aplicación de lo previsto en el apartado 6 del artículo 25 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual tendrá efectos a contar desde la fecha de entrada en vigor de esta Ley.*”

Aparte de ello, la batalla que se ha planteó desde los deudores, dio otros importantes resultados, a pesar de la notoria predisposición de la clase política en cuanto a satisfacer los intereses de los influyentes grupos de proyección mediática, que se aglutinan en torno a las entidades de gestión. Sólo por poner algunos ejemplos, las gestoras perdieron la batalla -de la que habían hecho estandarte- de gravar con el canon las líneas ADSL. Asimismo, gracias a la tenacidad de algún representante de los deudores como ASIMELEC, se consiguió reducir significativamente el canon que grava determinados productos, que en equipos multifuncionales, por ejemplo, se había visto reducido al 50%. Todo ello por no hablar del reconocimiento en el Preámbulo de la Orden de la existencia de fraude, que sin duda perjudica los intereses de las empresas asociadas, y la necesidad de luchar contra el mismo, etc. etc.

El balance final se reitera que no sólo no era malo, a tenor de lo esperable en una lucha desigual, sino que podría calificarse de bueno, e incluso de muy bueno. Por eso mismo, antes de abrir la “Caja de Pandora” de un recurso Contencioso Administrativo contra la Orden Conjunta, había que tener en cuenta el “efecto boomerang” que podría derivarse del mismo. Si con las ideas claras al respecto se decidía recurrir, jurídicamente había posibilidades de conseguir algunos importantes objetivos.

Analizados los riesgos y decidido ir adelante, los pasos que se planificaron fueron los siguientes:

a) Plantear la ilegalidad no sólo del canon que grava determinados discos duros, sino también la ilegalidad de las cuantías de recaudación predeterminadas que establece la Orden, que es un criterio que literalmente se *inventa* dicha norma

reglamentaria contraviniendo a su vez la Ley, puesto que sólo en una interpretación muy forzada de la misma, podría considerarse que la Orden está legalmente habilitada para establecer cuantías globales concretas de recaudación.

b) Frente al riesgo que la interposición del recurso, motivara una reacción por parte de las entidades de gestión, en relación con la no retroactividad de la OM, se estudió incluso, interponer el recurso Contencioso Administrativo directo contra la Orden, al borde del límite del plazo de dos meses legalmente establecido para hacerlo, a fin de dificultar que las gestoras recurrieran, a su vez, aquellos aspectos de la Orden Pre/1743/2008 que más les perjudicaban, y señaladamente la cuestión de su no retroactividad. No obstante, la posible reacción de las gestoras era susceptible de ser dificultada, pero no impedida, en primer término porque, aun cuando se les pasara el plazo para interponer un recurso directo contra la Orden, siempre podrían interponer un recurso indirecto, impugnando un acto administrativo dictado en aplicación de la Orden, fundamentándolo en la ilegalidad de la propia Orden. En segundo término, aunque no era probable que sucediera, la propia Sala de lo Contencioso Administrativo estaba habilitada por el artículo 33 de la Ley reguladora de dicha Jurisdicción, para extender el enjuiciamiento de la cuestión a otros preceptos conexos con los recurridos.

Se estudió mucho por tanto la interposición o no del recurso, e incluso se podían hacer unas razonables previsiones sobre las posibilidades de actuación de la otra parte, o de la propia Sala, en una cuestión litigiosa; pero en ningún caso se podían predecir, las actuaciones de otros sujetos intervinientes en el proceso. Dicho esto y dentro de una valoración de riesgos, se pensó que no era probable que la Sala extendiera el enjuiciamiento de la cuestión a otros preceptos conexos, aunque nunca era descartable que lo hiciera, sobre todo si las gestoras lo solicitaban.

La gran “espada de Damocles” estaba en la no retroactividad de la Orden Conjunta, cuando la Ley de modificación del TR de la Ley de Propiedad Intelectual, establecía expresamente dicho carácter retroactivo... y en este punto, quiérase o no, la

Orden podría ser calificada de ilegal. Es cierto que la Administración cedió frente a los muy razonables argumentos de ASIMELEC, en el sentido de considerar las dificultades prácticas -e incluso de una eventual responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado-, de dictar una Orden retroactiva; pero no por ello deja de ser verdad que una Orden que no retrotrae los cánones en ella contemplados, infringe flagrantemente la Ley de reforma de la LPI.

Ciertamente, si se conseguía, apurando el plazo del recurso de los deudores directo contra la Orden, que las gestoras no pudieran recurrir en plazo, quizás sería algo más difícil para la Sala, acceder a una petición de extender el enjuiciamiento al tema de la retroactividad, entre otras cosas porque en principio es discutible que se trate de una “cuestión conexa”, con las planteadas por ASIMELEC. Más bien parece una cuestión independiente. Lo auténticamente peligroso era que las entidades de gestión interpusieran un recurso indirecto; es decir, a través de la impugnación de un acto administrativo dictado en aplicación de la Orden, fundamentándolo en la ilegalidad de la propia Orden. Sin ir más lejos y sin perjuicio de otras posibles vías, las entidades de gestión podrían presentar una petición a la Administración, de que las cuantías del canon establecido en la Orden se aplicasen con efectos retroactivos, tal como establece la Ley y recurrir el presumible acto administrativo denegatorio en sede jurisdiccional Contencioso Administrativa, en base a que ha sido dictado en aplicación de una Orden ilegal, con lo que se abriría la posibilidad de que los Tribunales enjuiciasen la ilegalidad de la Orden. Esto era perfectamente posible, a tenor de lo dispuesto en los artículos 26 ss. LJCA. Para mayor ilustración, se reproduce el referido artículo 26:

Artículo 26.

“1. Además de la impugnación directa de las disposiciones de carácter general, también es admisible la de los actos que se produzcan en aplicación de las mismas, fundada en que tales disposiciones no son conformes a Derecho.”

2. La falta de impugnación directa de una disposición general o la desestimación del recurso que frente a ella se hubiera interpuesto no impiden la impugnación de los actos de aplicación con fundamento en lo dispuesto en el apartado anterior.”

Finalmente y a pesar de los riesgos comentados, los deudores decidieron interponer recurso contencioso-administrativo contra la OM, en los términos que veremos a continuación. Se estudió la posibilidad de pedir una medida cautelar de suspensión. No obstante se descartó tal posibilidad, puesto que no era aconsejable a tenor de lo dispuesto en el artículo 133.1 y 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, cuyo literal es el siguiente:

Artículo 133.

“1. Cuando de la medida cautelar pudieran derivarse perjuicios de cualquier naturaleza, podrán acordarse las medidas que sean adecuadas para evitar o paliar dichos perjuicios. Igualmente podrá exigirse la presentación de caución o garantía suficiente para responder de aquéllos.”

“3. Levantada la medida por sentencia o por cualquier otra causa, la Administración, o la persona que pretendiere tener derecho a indemnización de los daños sufridos, podrá solicitar ésta ante el propio órgano jurisdiccional por el trámite de los incidentes, dentro del año siguiente a la fecha del alzamiento”.

En otras palabras, no tendría mucha lógica ni que los deudores pudieran verse obligada a afianzar los posibles perjuicios que la suspensión pudiera originar a las gestoras, ni menos todavía que tuviera que indemnizarlas si perdiera el proceso -cosa que no sería extraña en un Contencioso Administrativo-, sobre todo habida cuenta de que no podría repercutir el quebranto patrimonial al consumidor final, en cuyo beneficio se estaría actuando.

Finalmente el resultado fue que los deudores plantearon dos recursos, con diferente fundamento, pero dirigido a aspectos parciales de la OM, y sin embargo la Asociación de Internautas planteó un recurso a la OM en su integridad. Anticipamos que el fallo fue estimatorio en las tres sentencias, que la Audiencia Nacional dictó en los tres recursos, en los términos y con la valoración que explicitamos a continuación

8.2.8 Análisis de las Sentencias de la Audiencia Nacional

Como indicamos tres han sido las Sentencias que la Audiencia Nacional ha dictado, para resolver los tres recursos contenciosos-administrativos planteados. Los motivos de impugnación fueron diferentes y el alcance de petición, también; sin embargo un mismo fundamento jurídico, basado en un defecto de forma ha sido la base de la doctrina sentada en los tres recursos. Veamos someramente el contenido de estas sentencias.

Lo primero que hay que precisar es que aunque las sentencias responden en idénticos términos a los tres recursos, cada uno de ellos se basaba y se planteaba por motivos diferentes. Así el recurso presentado el 30 de julio de 2008 por la Asociación de Internautas, según establece la demanda y sintetiza el Fundamento Tercero, *“ataca –en síntesis- el sistema recaudatorio genérico que prevé la Orden recurrida, que prescinde del concepto legal de copia privada y grava de forma indiscriminada todo uso de la tecnología digital, sin contemplar excepción alguna.... La demanda suscita la cuestión de inconstitucionalidad de los artículos 25 y 31 de la Ley...declarando así mismo la nulidad con efectos retroactivos de toda recaudación realizada abusivamente y se ordene el cese del cobro indiscriminado de la compensación equitativa por copia privada, a cuyas pretensiones se han opuesto las partes codemandadas ...”*.

En segundo lugar ha y que citar la sentencia de misma fecha y contenido, en respuesta a la demanda presentada el 13 de septiembre de 2008 por ASIMEL EC, cuyo petitum queda asimismo reflejado, en el Fundamento Tercero cuando indica que *“La demanda rectora aduce la ilegalidad de las cuantías de recaudación predeterminadas que establece la Orden recurrida(límites máximos y mínimo, cláusula de garantía), alega que ello puede producir efectos paradójicos, e invoca igualmente la infracción de los principios de jerarquía y competencia, con la consiguiente nulidad de la Orden recurrida, terminando por impetrar que se declare la nulidad del apartado tercero y cuarto de la Orden Pre/1743/2008, y por tanto de conexión con el mismo los párrafos tercero y cuarto de su disposición final única, así como que se acuerde la devolución de los excesos de recaudación derivados de la nulidad de la Orden recurrida,”*

Finalmente el recurso presentado por AETIC, la otra patronal del sector, con fecha 7 de abril de 2009, solicitando la anulación de una serie de apartados de la OM, relativos a determinados equipos, a la asignación de 1,1% en la modalidad de libro y a la fijación de un mínimo. En esto último coincidía con la petición de ASIMELEC.

Como vemos tan sólo en un punto coincidían las tres peticiones de las demandas, y era la devolución de las cantidades debidamente ingresadas. Por lo demás en cuanto al fundamento jurídico así como al alcance de la petición, no había coincidencia alguna, pues la demanda interpuesta por la Asociación de Internautas atacaba la totalidad de la orden recurrida, al atacar el sistema completo de copia privada por su carácter indiscriminado, mientras que la petición de las patronales se referían a aspectos concretos y parciales de la Orden recurrida. En este sentido creemos sinceramente que estas últimas demandas estaban mejor fundamentadas, pues la de la AI, volvía a reiterar argumentos que no eran propios de la Orden sino de la institución en sí, y que ya habían sido rechazados en diversas instancias, como hemos visto en capítulos anteriores.

Sin embargo poca transcendencia tiene, el mayor o menor alcance, o el mayor

o menor rigor jurídico de las cuestiones de fondo planteadas por las tres demandas, pues en ningún caso la Audiencia se pronunció sobre el fondo, sino que resolvió la litis basándose en una cuestión de forma.

En efecto en las tres sentencias se especifica en el Fundamento Cuarto que, “Con carácter preliminar se impone el estudio del posible motivo susceptible de fundar el recurso-que fue sometido por el Tribunal a las partes en el correspondiente trámite de audiencia-consistente en la carencia en el expediente administrativo de los trámites relativos al dictamen del Consejo de Estado y a las memorias justificativa y económica, cuyo motivo recursivo ha de ser objeto de tratamiento prioritario por razones metodológicas”. Añade asimismo que : “Este motivo de recurso presupone el carácter normativo de la Orden PRE/1743/2008 recurrida que es negado por las partes codemandadas, que mantienen que la meritada Orden es un acto administrativo no sujeto al procedimiento de elaboración de las disposiciones generales”.

Por tanto, como vemos las Sentencias, no analizaron si la Orden recurrida vulneraba o no los principios de jerarquía normativa, o cualquier otro presente en nuestro ordenamiento jurídico, tampoco entró en analizar la institución de la copia privada y su naturaleza constitucional o no, como le pedían los internautas. Se limitó a ver una cuestiones formales, de especial trascendencia, y determinantes para nulidad o no de la norma, y se centró en determinar si estábamos ante una norma o un acto administrativo, en primer lugar para después determinar, si el incumplimiento del trámite de dictamen de Consejo de Estado y Memoria Justificativa y Económica, podían determinar la nulidad de la Orden. La Audiencia fija en estos tres aspectos formales una interesante doctrina que conviene analizar, no sólo para la institución que nos ocupa, como para la teoría general del Derecho Administrativo.

Así pues, en cuanto a si la Orden tiene carácter normativo o es un acto administrativo, la Audiencia se pronuncia a petición de uno de los codemandados-las gestoras- quienes indicaban, que los dictámenes e informes indicados anteriormente, no eran necesarios por carecer la Orden recurrida de carácter normativo,

considerando por tanto a tal Orden, como un acto administrativo, y no sujeto por tanto al procedimiento de elaboración de las disposiciones generales.

Por tanto la Audiencia en las sentencias citadas, primero analiza si estamos ante un acto o norma administrativa, para en este último supuesto determinar si era preceptivo los dictámenes e informes indicados, y si a falta de estos se podía declarar la nulidad de la Orden.

En relación a carácter normativo o no de la Orden recurrida la Audiencia se remite a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo contencioso-Administrativo) de 15 de septiembre de 1995 que explica, con una claridad deseable para cualquier alumno de Derecho Administrativo, las diferencias entre acto administrativo y Reglamento, aludiendo a las características de cada uno de ellos de la siguiente forma: *“ El acto administrativo se diferencia del Reglamento en que éste es norma jurídica, y por ello susceptible de aplicación reiterada, mientras que aquél no lo es y sus efectos se producen sólo una vez, agotándose al ser aplicado. Los Reglamentos innovan el ordenamiento, mientras que los actos administrativos aplican el existente. Los reglamentos responden a las nociones de “generalidad” y “carácter abstracto” que señalan, al menos por regla general, a toda norma jurídica mientras que los actos administrativos responden, también por regla general, a lo concreto y singular. El Reglamento es revocable, mediante su derogación, modificación o sustitución, mientras que al acto administrativo le afectan los límites de revocación que impone la Ley como garantía de los derechos subjetivos a que, en su caso, haya podido dar lugar. La ilegalidad de un Reglamento implica su nulidad de pleno derecho, en tanto que la ilegalidad de un acto sólo implica, como regla general, su anulabilidad. Es, por último, principio esencial del Estado de Derecho que las autoridades respeten en su conducta concreta las normas generales que han establecido ellas mismas en forma general (“Tu, legem patere quem ipse fecisti”). Como reconoce el artículo 30 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio 1957 (LRJAE), a cuyo tenor, “las resoluciones administrativas de carácter particular no podrán vulnerar lo establecido en una disposición de carácter general, aunque aquéllas tengan grado*

igual o superior a éstas”.

A continuación va repasando cada una de estas características en relación a la Orden para concluir que la citada Orden cumple todas y cada una de las características indicadas, para ser calificada como norma y no como acto. En efecto dice la sentencia en el Fundamento de Derecho Cuarto in fine: *“En resumen, la Orden PRE recurrida reúne todas las notas definitorias de las normas reglamentarias, tratándose además –según hemos visto- de un reglamento dictado en ejecución del Real Decreto-Legislativo 1/1996 –tras su reforma por la Ley 23/2006- por mor de la habilitación contenida en el artículo 25.6 de dicho cuerpo normativo y con la finalidad de desarrollar en la medida necesaria las reglas contenidas en este último precepto”.*

Sentado por tanto el carácter normativo de la Orden, la Sentencia se ocupa a continuación, y dado que el primer motivo recurrido era la denuncia de una infracción del procedimiento de elaboración, de analizar los límites de la potestad reglamentaria y las posibilidades de control judicial de los Reglamentos. Reitera en este sentido la doctrina acuñada por el Tribunal Supremo en diversas sentencias (15-6- 2010, STS 5 de diciembre de 1996, etc...), en las que clara mente se recoge el principio, que desde el punto de vista formal, el ejercicio de la potestad reglamentaria ha de sujetarse al procedimiento de elaboración legalmente establecido.

Analizado esto, se centra la sentencia en los vicios de tramitación, comenzando por la ausencia de dictamen del Consejo de Estado. Indicando a este respecto que :*“El procedimiento de elaboración de las disposiciones reglamentarias tiene un carácter formal ad solemnitatem, si bien, y dado que no todas las formalidades tienen la misma relevancia, conviene traer a colación la jurisprudencia producida en derredor de los trámites de cuya omisión ahora tratamos”.*

Así cita la Sentencia del TS de 17-1 -2000, que recoge la doctrina sentada en torno a la exigencia del dictamen del Consejo de Estado y que en algunos casos es discrepante. Así por un lado indica la sentencia aludida que: *“Es por ello por lo que la*

más reciente jurisprudencia de esta Sala resalta el carácter esencial que institucionalmente tiene el dictamen del Consejo de Estado en la elaboración de las normas reglamentarias en que resulta preceptivo, resaltando, además, el carácter final que le atribuye el artículo 2.4 Ley Orgánica del Consejo del Estado.” No obstante a continuación reconoce la línea jurisprudencial contraria, cuando afirma que : “ Es cierto que a partir de 1987 se inicia una línea jurisprudencial que, en atención al principio de economía procesal, relativiza la trascendencia invalidante de la omisión del informe del Consejo de Estado, afirmando que la misma no impedía a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa entrar a conocer del fondo del asunto -la conformidad o no a derecho de la disposición reglamentaria- y que, si efectuado el control se acreditaba dicha conformidad, carecía de sentido declarar una nulidad en sede jurisdiccional para que el Consejo de Estado viniera después a decir lo que ya se había constatado (SSTS 7 de mayo y 2 de junio y 29 de octubre de 1987, 12 y 17 de febrero, 5 de marzo, 26 de abril y 20 de octubre de 1988, entre otras).”

Al mismo tiempo, reconoce la Sentencia que junto a esa línea jurisprudencial ha coexistido la contraria, en el sentido de considerar nula de pleno derecho la norma reglamentaria, cuando se haya omitido, indebidamente el dictamen del Alto Órgano. Por tanto trata de clarificar esa divergencia jurisprudencial, aportando las consideraciones de algunas sentencias, como la y 16 de junio de 1980 SSTS de la Sala Especial de Revisión de 10 de mayo, donde se pone de manifiesto que dicho Órgano Consultivo cumple un control preventivo de la potestad reglamentaria, añadiendo: “*La intervención del Consejo de Estado no se queda, por tanto, en un mero formalismo sino que actúa como una garantía preventiva para asegurar en lo posible la adecuación a derecho del ejercicio de la potestad reglamentaria. Esta doctrina tiene continuidad en sentencias posteriores.*”

Continúa analizando la doctrina jurisprudencial en un exhaustivo análisis reglamentario, distinguiendo los reglamentos ejecutivos de los reglamentos organizativos, para al final concluir la necesidad de estimación de la nulidad de la Orden recurrida en los siguientes términos: “ *La aplicación al supuesto enjuiciado de la*

doctrina legal que acabamos de transcribir conduce inexorablemente a la estimación de este primer motivo recursivo por la ausencia del dictamen del Consejo de Estado, y ello habida cuenta del carácter de reglamento ejecutivo de una norma con rango de ley que tiene la Orden PRE recurrida y de lo imperado en el artículo 24.2 de la Ley 50/1997 –de organización, competencia y funcionamiento del Gobierno- en relación con el artículo 22.3 de la Ley Orgánica 3/1980, del Consejo de Estado, que impone con carácter preceptivo el dictamen de la Comisión Permanente del Consejo de Estado en los asuntos de reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en ejecución de las leyes, así como sus modificaciones, cuya omisión determina como consecuencia la nulidad de pleno Derecho de la Orden PRE por mor de lo dispuesto en el artículo 62.2 de la Ley 30/1992, de 26-11.”

Con esta declaración hubiera sido suficiente, para justificar el fallo de declaración de nulidad de la Orden en cuestión; no obstante a mayor abundamiento consideró el Tribunal, que se había producido otra infracción en el procedimiento de elaboración de la norma. En concreto se refería a la omisión de las preceptivas memorias justificativa y económica, inherentes a todo reglamento de conformidad con lo dispuesto en el art. 24.1.a) de la Ley 50/1997. De nuevo la Sentencia hace un exhaustivo análisis de la materia, para concluir que : “ *La aplicación al caso que nos ocupa de la doctrina legal que antecede implica un nuevo vicio de nulidad de la Orden PRE puesta en tela de juicio al haberse prescindido de las memorias justificativa y económica, cuyo trámite deviene esencial en el procedimiento de elaboración de las normas reglamentarias, lo que conlleva la calificación de nulidad de pleno Derecho conforme a la artículo 62.2 de la LEY 30/1992.”.*

Finalmente, la Sentencia justifica el no entrar en los motivos de fondo, pues las omisiones antes indicadas, son motivo suficiente para declarar la nulidad de la Orden recurrida. Así en este sentido dice la Sentencia: “ *Corolario de cuanto antecede es que la omisión del preceptivo dictamen del Consejo de Estado y la ausencia de las preceptivas memorias constituyen un vicio a radice que afecta in totum a la Orden PRE/1743/2008, que sufre una dolencia de nulidad de pleno derecho ex artículo 62.2*

de la Ley 30/1992, lo que en el caso que nos ocupa aconseja no entrar en el estudio de los motivos de fondo articulados en la demanda que ponían en entredicho la concreta normativa de la meritada Orden PRE, cuyo análisis, por otra parte, no resulta necesario para fundar el pronunciamiento de nulidad que ya hemos anticipado.”

La única diferencia que existe entre las tres sentencias comentadas es el Fallo. En efecto en aplicación del principio de congruencia procesal, en fallo en los recursos planteados por las dos Asociaciones se circunscribe, como no podía ser de otra forma, al alcance del petitum, y por tanto declara la nulidad de los apartados indicados en las correspondientes demandas. Sin embargo en el caso de la Sentencia en respuesta a la demanda de los internautas, el fallo declara la nulidad de la Orden en su conjunto tal como se había solicitado. Un resumen de la doctrina sentada por el Tribunal, lo encontramos en los siguientes términos: *”Resta determinar el alcance de nuestro pronunciamiento, pues, si de un lado el vicio de nulidad afecta a la Orden recurrida en su conjunto, el fallo viene condicionado por el petitum de la demanda en gracia al principio de congruencia procesal, cuyo principio está conectado al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, de tal forma que el pronunciamiento estimatorio ha de constreñirse a aquel petitum, por lo que procede la declaración de nulidad del apartado tercero de la Orden impugnada, así como de los párrafos tercero, y cuarto de su disposición final única, si bien no podemos en esta sede acceder a la petición de devolución de la recaudación por compensación equitativa con origen en la nulidad de la mentada Orden por la sencilla razón de que la meritada compensación equitativa tiene una naturaleza jurídico-privada, de donde que carezcamos de jurisdicción respecto del susodicho petitum, de donde que nuestro fallo haya de ser parcialmente estimatorio.”*

Como vemos, la paz y la seguridad que se esperaba que la Orden consiguiera, no se produjo. Como ya viene siendo una pauta en esta materia, cualquier intento de consenso, o incluso de arbitraje dirimente entre las partes, que en definitiva era lo que Orden aportaba, finaliza con una conflictividad judicial, no exenta de problemas.

En el caso que nos ocupa, aún ha sido peor pues, las Sentencias de la

Audiencia h a generado una sensación de inseguridad jurídica, que solo con un esfuerzo legislativo, podría ser solventado, extremo este que no se ha producido.

CAPITULO 9.- LAS NUEVAS TENOLOGÍAS: MEDIDAS TECNOLOGICAS Y LA NECESIDAD DE ENCONTRAR ALTERNATIVAS AL CANON DIGITAL.

9.1 Concepto y aplicaciones de la s medidas tecnológicas de protección y derecho de autor.

9.2 Concepto doctrinal y regulación legal de las medidas tecnológicas de protección.

9.3 Medidas tecnológicas y límites al derecho de autor: medidas tecnológicas y copia privada.

9.4 Necesidad de un nuevo marco jurídico: Sentencia Padawan:

9.4.1 Necesidad de un nuevo marco jurídico y alternativas al canon

9.4.2 Sentencia Padawan

9.4.3 Actual regulación en España

9.1 CONCEPTO Y APLICACIONES DE LAS MEDIDAS TECNOLÓGICAS DE PROTECCIÓN Y DERECHO DE AUTOR.

Ya hemos comentado anteriormente como una de las principales novedades introducida por la ley 23 / 2006 de 7 de julio, fue la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de la protección de las medidas tecnológicas creando un nuevo Título el V dentro del libro III comprensivo de los artículos 160 a 165, en lógica transposición de lo que también había constituido una novedad en la Directiva 2001/29/CE en sus artículos 6º y 7º.

Esta incorporación en textos legales de las medidas tecnológicas de protección es la culminación de un largo proceso, que deriva de la confrontación que había existido tradicionalmente, entre la cultura o mejor dicho la creatividad,⁸⁹ protegida por la propiedad intelectual en toda su extensión y la tecnología que facilita la realización de múltiples copias. Al igual que se suele fijar en un avance tecnológico

⁸⁹ OTERO LASTRES, J.M. (2008): “La originalidad de las obras plásticas y las nuevas tecnologías”. En la obra colectiva coordinada por GARCÍA PEREZ y LOPEZ SUAREZ, M.A. : “Nuevos retos para la propiedad intelectual”. Coruña: Universidade de Coruña, Servicio de Publicaciones. Pag 89: “... la originalidad que presenta una doble faz o, en otros términos, una moneda con dos caras: por un lado, hace referencia a la “creatividad” y, por otro, a la “originalidad” o manifestación de la creatividad en la obra. Pues bien, como trataremos de demostrar seguidamente, ambas palabras son el anverso y el reverso de un único y mismo requisito: la originalidad; o, si se prefiere, una, “la creatividad”, es la “causa” o el “antecedente” y la otra, la originalidad, el “efecto” o el “consecuente”. Así, la palabra “creatividad” significa “facultad de crear” o, lo que es lo mismo, “capacidad de creación”. Lo cual nos conecta con el hecho generador de la propiedad intelectual que es, según el mencionado artículo 1 del TRLPI, el hecho de la creación de la obra. Por su parte, la palabra “originalidad” quiere decir “cualidad de original”, significado “original”, dicho de una obra artística, “que resulta de la inventiva de su autor”; requisito que nos permite al mencionado artículo 10 del TRLPI.”

como la imprenta, el factor determinante del surgimiento del derecho de autor, derivado de un principio de protección del derecho del editor, (Estatuto de la Reina Ana de 1710), el nacimiento de la tecnología de copia analógica también se ha considerado, como el nacimiento del derecho de copia que a su vez también ha producido algunas distorsiones en la tradicional concepción del derecho de autor.

Es curioso comprobar cómo tradicionalmente los avances tecnológicos han estado pensados para facilitar la difusión y el acceso a la cultura, en términos de realizar muchas copias de un original, que permitiera su amplia difusión, y no su uso restringido por una serie de privilegiados. Tanto el caso tan primario, nos parece ahora, de la imprenta, como más reciente y sofisticado, aun que con el transcurso del tiempo también algo primario, de un video VHS o una fotocopiadora analógica, son avances que en su contexto histórico, han servido para facilitar el acceso a la cultura. Ese avance tecnológico en la difusión de la cultura, se ha convertido al mismo tiempo, en una amenaza para el titular del derecho de autor, ante la falta de control de las copias que se hace de su original.

Por eso en esta dualidad de amor/odio entre cultura y tecnología, la tecnología digital ha aparecido como una fuente de soluciones, tratando de romper esa aparente contradicción de tecnología como facilitador de difusión cultural, y al mismo causa nte de sus principales males. Idea que se ilustra en la célebre frase de Charles Clark: *"The answer to the machine is in the machine."* O en palabras de Gay Fuentes: *"La primera solución atisbada por el Derecho Internacional para espaldar los derechos de propiedad intelectual en el entorno digital, fue respaldar las medidas tecnológicas que pueden adoptar los titulares de derechos... Se intenta por tanto responder a los problemas planteados por la evolución tecnológica con sus propios medios."*⁹⁰

En efecto la industria tecnológica, en especial la conocida como industria TIC (Tecnología de la Información y las Comunicaciones), ha realizado un gran esfuerzo

⁹⁰ GAY FUENTES, C.: Op. cit. Pag 9.

de investigación, en buscar fórmulas de control, que pudieran poner límite a fenómenos incontrolados como la distribución on line, internet, etc... Todo ello por ser los primeros interesados, en buscar fórmulas que permitieran implantar los modelos de negocio, que el nuevo entorno de acceso a la red ofrecía. No hay que tener ningún pudor en reconocer, que estas primeras investigaciones e inversiones tecnológicas tenían un objetivo egoísta, de defensa de modelos rentables con productos culturales. De ahí que las primeras medidas tecnológicas se orientaron a los sistemas de gestión de derechos de autor, que permitían una gestión individualizada de los mismos a través de los conocidos DRMS (Digital Right Management Systems), y que facilitaban el computo y determinación del origen en el uso de los derechos protegidos. En un reciente informe elaborado en el Parlamento británico como respuesta a una encuesta del "All Party Internet Group", encontramos una definición de DRMs, indicando que los Digital Rights Management son comúnmente considerados para establecer en términos genéricos, tecnologías para la identificación y protección de la propiedad intelectual en términos digitales.⁹¹

De ahí fue fácil pasar a sistemas en los que el control, en términos de límite del uso, a través de tecnologías de codificación, encriptación y otras, facilitaba la protección al titular de material protegido, frente a los intentos de copia ilegítima o cualquier otro uso indebido. Aunque a veces se ha confundido las medidas de control con las medidas de gestión como apunta ADIEGO RODRIGUEZ.⁹²

⁹¹ "The Digital Rights Management is commonly understood to be the generic term for a set of technologies for the identification and protection of intellectual property in digital form." Report of an Inquiry by the All Party Internet Group. Uk Parliament. June 2008.

⁹² ADIEGO RODRIGUEZ, J(2011): "Problemática Informática de las obras digitales protegidas". En la obra colectiva dirigida por MATA Y MARTIN, R.M., y coordinada por JAVATO MARTIN, A.M.: "La propiedad intelectual en la era digital. Límites e infracciones a los derechos de autor en internet". Madrid. La Ley. Pag. 44: La protección contra copia se relaciona y confunde a menudo con el concepto de gestión digital de derechos. La gestión digital de derechos, como veremos más adelante, es un concepto más general pues incluye todo tipo de gestión de las obras, incluidas las restricciones de copia. Por otro lado, la protección contra

En definitiva, estas medidas de protección tecnológica, han permitido el control de la obra y de acceso a la misma, al tiempo que han generado sistemas de gestión, en lo que supone una clara convergencia entre tecnología y cultura, hasta ahora desconocida. Todo esto está propiciando incluso, un nuevo entorno social, económico y tecnológico, pasando de esa relación de amor/odio a una relación de comprensión y entendimiento, y llegando en algunos casos a “uniones matrimoniales” con alianzas en las que la convergencia se manifiesta en claras líneas de negocio complementarias.

En cualquier caso, y a pesar de las indudables ventajas que los nuevos sistemas y entorno suponen, no todo es absolutamente perfecto en esta nueva realidad, que supone alterar alguno de los esquemas clásicos, que venían funcionando en el ámbito del derecho de autor, como era el juego de los límites o excepciones que vimos en los capítulos anteriores. ¿Qué ocurre con la copia privada? ¿Es compatible la licencia genérica que se otorga para copiar con determinados requisitos, con aquellas creaciones que su autor ha decidido blindar de tal forma que es imposible copiar? ¿Tendría el autor derecho a participar en el reparto de la compensación equitativa recaudada por las entidades de gestión de derecho de autor? Estas y otras muchas cuestiones se plantean en el nuevo entorno, y suscita no pocas dudas y posturas encontradas.

Trataremos de aportar nuestra visión, insistiendo una vez más que nos inspira el rigor jurídico y el sentido común, y no el mantenimiento como criterio exegético de un ánimo recaudatorio, presente aún en algún sector que no acepta la nueva realidad, en el sentido que no nos encontramos ante una recaudación sino ante una

copia puede incluir medidas que no son digitales, por lo que a la protección contra copia se la puede clasificar dentro de las medidas tecnológicas de protección (TMP, technical protection measures), que habitualmente implican el uso de herramientas tecnológicas con el fin de restringir el uso o acceso a un objeto digital.

compensación: *“La complejidad de hacer compatibles realidades tan opuestas como medidas tecnológicas y copia privada, en su entorno tecnológico y de mercado tan cambiante como el actual, determina que sea conveniente encomendar la resolución de los eventuales conflictos a un órgano especializado que realice un seguimiento continuado de la materia”*.⁹³

Pero antes de seguir adelante creemos que es preciso definir el concepto doctrinal de medidas de protección tecnológica y su regulación legal.

9.2 CONCEPTO DOCTRINAL Y REGULACIÓN LEGAL DE LAS MEDIDAS TECNOLÓGICAS DE PROTECCIÓN

La definición jurídica de las medidas tecnológicas es muy amplia, entendiéndose que son todas aquellas medidas, que sirvan para impedir actos no autorizados por los titulares de derechos de propiedad intelectual, abarcando, así, desde los dispositivos que en el entorno fuera de línea, sirven para proteger frente a la copia de obras, hasta los sistemas de gestión de derechos digitales, DRMS, que se definen por la OMPI como “sistemas tecnológicos en línea que posibilitan la gestión, explotación y observancia del derecho de autor”⁹⁴, que sin duda complementa la definición que aportábamos anteriormente suscrita por el Parlamento Británico.

Se trata como vemos de un concepto muy amplio, al incluir diversas categorías de medidas que van desde la que protegen la integridad de la obra, a las herramientas de gestión como son los DRMS⁹⁵. No existe una protección explícita de los DRMS, sino

⁹³ GAY FUENTES C: Op. cit. Pag. 12.

⁹⁴ Gay Fuentes C (2006). Pg 16.

⁹⁵ CABEDO SERNA, LLANOS: Op. cit. Pag. 68: “Las medidas tecnológicas de protección pueden tener diferentes fines, de ahí que doctrinalmente se hayan propuesto diferentes clasificaciones atendiendo a los mismos. Así, se pueden distinguir entre medidas que

que la misma deriva tanto en el Derecho comunitario, como en el derecho nacional, de la confluencia entre la protección de medidas tecnológicas y la protección de la denominada “información para gestión de derechos”. Artículos correlativos 6 y 7, que en su conjunto constituyen el Capítulo III de la Directiva 2001/29/CE, que tienen su reflejo en los artículos 160 y 162 de nuestra ley patria.

Se intenta como venimos repitiendo, proteger las obras y servicios de los titulares de derecho, pero también la garantía de los usuarios de acceder a la información sobre la titularidad de derechos, de forma que se les facilite la tramitación de las autorizaciones necesarias para el uso de obras y servicios. En este sentido y como su función puede ser la utilización de licencias de obras “on line”, son considerados como auténticas herramientas de gestión. En cambio cuando delimitan técnicamente usos autorizados son medidas técnicas de protección.

Por tanto, y dada las facultades de control que las medidas de protección tecnológicas dan a su autor, se produce una extensión del monopolio del autor sobre su obra, disfrutando de unas facultades hasta ahora desconocidas para el mismo.⁹⁶

actúan una vez que se ha producido tal infracción. Dentro de las primeras, se propone distinguir entre medidas que controlan el acceso a la obra (controles de acceso) y medidas que impiden la posterior reproducción o comunicación al público de la obra a la que se ha accedido (controles de uso). Las medidas que impiden o limitan la copia de una obra incorporada en un soporte digital (medias anticopia) doctrinalmente se incluyen entre aquellas que sirven para prevenir la infracción de derechos controlando el uso de la obra a la que se ha accedido. En el concepto legal de medidas tecnológicas de protección se incluyen los dispositivos anti copia incorporados en soportes digitales, ya que las medias tecnológicas no sólo tienen por finalidad impedir si no también restringir actos que no cuenten con la autorización de los titulares de derechos.

⁹⁶ BUGANZA C. Op. cit pag 129 . “Las nuevas medidas de protección tecnológica tiene la peculiaridad de blindar la obra de tal forma que la hacen inaccesible al público, permitiendo un control absoluto del autor o titular del derecho sobre su obra o prestación protegida, un

En cuanto al tratamiento legal en nuestro ordenamiento jurídico, ya hemos comentado como ha sido una de las principales novedades en la ley 23/2006 de 7 de julio, y a l mismo tiempo hay que te ner en cue nta la ley Orgánica 10/1 995 de 23 de noviembre que supone la modifica ción de l Có digo Penal, que in corporó en el a rt. 270.3, la protección co ntra la elusión o supresión de las medidas tecnológicas. En relación con este precepto penal hay que hac er la matización que a diferencia d e la LPI, el citado artículo del Código Penal no vi ncula la posesión de los dispositivos con la finalidad comercial, sino que sanciona a “....quien fabrique, importe, ponga en circulación o tenga cua lquier medio específicamente destinado a facilitar la supre sión no autorizada...”.⁹⁷

Para entender el alca nce de est a norma es necesario acudir a la Circular 1/2006 sobre los delitos contra la propiedad intelectual e industrial, tras la reforma de la Ley Orgánica 15/200 3 de 5 de mayo de 20 06 del Fisca l General d el Estado, e n la

poder hasta hoy desconocido, puesto que las medidas tecnológicas permiten al autor o titular del derecho controlar el acceso e incluso el uso que de su obra se hace”

⁹⁷ GOMEZ TOMILLO,M. (2011): “Responsabilidad penal por delitos contra la propiedad intelectual cometidos a través de inte rnet”. En la obra cole ctiva dirigida por MATA Y MATIN, R.M. y c oordinada por JAVATO MARTIN, A.M.: La pr opiedad intelec tual en la er a digital. Límites e infracciones a l os derechos de a utor en i nternet”. Madrid. La Ley. Pag. 211.:” “... desde nuestra perspectiva, apenas existen dudas en cuanto a l a posibilidad de subsumir las acciones de quien se encuentra tanto detrás del servidor, como del cliente en las conductas típicas de distribuir y reproducir, acogidas en el art. 270 del Código Penal e spañol. En efe cto, por una parte, el que permite que cualquiera conectado a la Red descargue unos determinados archivos distribuye, si se e ntiende por tal acción la d e la “pue sta a disposición del públi co del original o co pias de la ob ra mediante su venta, alq uiler, préstamo o de *cualquier otra forma*” (art. 19.1 de la Ley de Propiedad Intelectual). La amplitud de la fórmula legal permite captar inequívocamente tal com portamiento, si bien h ay quien e stima que se trata de un a cto de comunicación pública”

que se tratan los problemas de la aplicación de la regulación penal en relación con los delitos de la propiedad intelectual e industrial.

Concretamente en el caso de la referida norma se exige la concurrencia de ánimo de lucro: “Aunque en el artículo 270.3 no se exige la concurrencia del ánimo de lucro, este debe considerarse implícito en todos los supuestos típicos de delitos contra la propiedad intelectual como diferenciadores de los ilícitos civiles...”. Finalmente y en este ámbito hay que destacar que la interpretación de ánimo de lucro, se refiere a una ventaja comercial y no a cualquier ventaja que pueda obtenerse.⁹⁸ En este sentido también se pronuncia LLORIA GARCÍA.⁹⁹

⁹⁸ Circular de la Fiscalía citada: Quienes coloquen en un sitio de Internet una obra protegida sin la autorización de su titular o los usuarios de un sistema *Peer to Peer* de intercambio de archivos, realicen una conducta de comunicación pública no autorizada, se infringen el derecho exclusivo del titular; dicha infracción es susceptible de ser denunciada y reparada mediante el ejercicio de las correspondientes acciones de carácter civil, pero en principio, y salvo que por las circunstancias concurrentes se acredite lo contrario, no concurre en los mismos el elemento subjetivo del ánimo de lucro que exige el tipo penal. El elemento del ánimo de lucro debe ser interpretado, no en el sentido amplio de obtención de cualquier tipo de ventaja, utilidad o beneficio, sino en el sentido estricto de “lucro comercial”.

En cuanto a la conducta del que se limita a bajarse de la Red una obra para su disfrute personal, no realiza un acto de comunicación, si no una copia privada, si n que concurra tampoco el elemento subjetivo de ánimo de lucro en el sentido estricto de lucro comercial

⁹⁹ LLORIA GARCÍA, P. (2009): “Top manta y top mochila, algunas reflexiones sobre su ilicitud penal a la vista de la jurisprudencia más reciente sobre el derecho de autor y derechos afines en la sociedad de la información.” En la obra colectiva coordinada por PALAO MORENO, G. Y PLAZA PENADÉS, J. : Nuevos retos de la propiedad intelectual. Navarra. Aranzadi. Pg 25:” Como es sabido en este precepto se castiga a aquel que con *ánimo de lucro y en perjuicio de tercero, reproduzca, plagie, distribuya o comunique públicamente*, en todo o en parte una obra literaria, artística o científica, fijada en cualquier soporte, sin autorización de sus titulares o cesionarios.

La presencia del ánimo de lucro así como la exigencia de que la actuación se produzca

Con independencia de este ámbito penal, la regulación básica se contiene en el art. 160 de la LPI tras la reforma de 7 de julio del 2006 que incorpora el contenido del art.6 de la Directiva 2001/29/CE, que a su vez contiene un mandato a todos los Estados miembros para que “ *establezcan la protección jurídica adecuada contra la elusión de cualquier medida tecnológica efectiva, cometida por una persona a sabiendas, o teniendo motivos razonables para saber que persigue ese objetivo.*”

Toda la regulación de las medidas tecnológicas en nuestra ley, es una repetición casi literal de los términos establecidos en la Directiva. Sin duda la necesidad de transposición rápida por el retraso habido en el cumplimiento de la fecha límite de transposición, que motivó incluso una sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas contra el reino de España, tenga algo que ver, en el hecho que el legislador, haya sido no sólo fiel al texto comunitario, sino que no ha ya aprovechado la ocasión para hacer frente a cuestiones sin duda de necesario análisis y fijación de criterio.

Por ello la definición legal de medida de protección se recoge en el apartado 3 del art 160 que establece; “ *Se entiende por medida tecnológica toda técnica, dispositivo o componente que, en su funcionamiento normal, esté destinado a impedir o restringir actos, referidos a obras o prestaciones protegidas, que no cuenten con la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual*”.

en perjuicio de tercero, junto a la posición sistemática del delito (en el Título XIII dedicado a los delitos patrimoniales y socioeconómicos) no dejan la menor duda al intérprete: a pesar de las previsiones del artículo 2 de la Ley de propiedad intelectual, en el que se hace referencia a los derechos de carácter personal y patrimonial que atribuyen al autor la plena disposición y el derecho exclusivo a la explotación de la obra, no se establece la protección penal en relación con los derechos morales del autor...

Esta definición se complementa con la definición de medida tecnológica eficaz, que se incluye en el párrafo segundo del indicado apartado 3 del art.160 cuando dice: “*las medidas tecnológicas se consideran eficaces cuando el uso de la obra o de la prestación protegida esté controlado por los titulares de los derechos mediante la aplicación de un control de acceso o un procedimiento de protección como por ejemplo, codificación, aleatorización u otra transformación de la obra o prestación o un mecanismo de control de copiado que logre este objetivo de protección.*”

Como vemos las medidas tecnológicas las define el legislador como una “técnica, dispositivo o componente”, y se califica por su finalidad “destinada a impedir o restringir actos... que no cuenten con la autorización del autor”. Por otra parte las medidas tecnológicas eficaces las configura el legislador además, por la concurrencia de un elemento de control en términos de control de acceso, o en términos de procedimiento de protección como por ejemplo codificación, etc.... Es decir de nuevo aparecen aquí, en términos legales, la protección que venimos repitiendo suponen estas medidas tecnológicas a favor del autor: la limitación de acceso a la obra por un lado y la protección de la integridad de la misma evitando actos vulneradores de su contenido. Y a ello, es decir al cumplimiento de los dos requisitos le da el carácter de eficacia.¹⁰⁰

Se completa la regulación legal una vez definidos los conceptos básicos, con la referencia a la defensa contra los actos de elusión de dichas medidas tecnológicas. En concreto el apartado 1 del art. 6 de la Directiva establece: “*Los Estados miembros establecerán una protección jurídica adecuada contra la elusión de cualquier medida tecnológica efectiva (no olvidar lo dicho sobre eficacia en el apartado 3 del mismo artículo), cometida por una persona a sabiendas, o teniendo motivos razonables para*

¹⁰⁰ BUGANZA.C: Op. cit.. pag153. “El sistema de control de acceso gestiona el acceso de un usuario a un contenido, utilizando algún tipo de protección como es la contraseña. Una vez que el usuario accede al contenido no se controla lo que hace con dicho contenido. (Comité Permanente de Derechos de Autor y Derechos conexos.OMPI.

saber que persigue ese objetivo.”

El correlativo de la legislación interna es el apartado 1 del art 160 que precisa y delimita las acciones que constituye esa protección jurídica, y que propone y exige a los Estados la Directiva, y a tal efecto establece: “ *Los titulares de derechos de propiedad intelectual reconocidos en esta ley podrán ejercitar las acciones previstas en el título I de su Libro III contra quienes, a sabiendas o teniendo motivos razonables para saberlo, eludan cualquier medida tecnológica eficaz*”. Simplemente recordar que la remisión normativa que se realiza en el artículo, se refiere a las acciones y procedimientos comprendidas en los artículos 138 a 142 con la nueva redacción dada por la propia ley 29/ 22 06 de 7 de julio al art. 138, relativo a las acciones y medidas cautelares urgentes.

El catálogo de conductas elusivas de medidas tecnológicas se amplía en el apartado 2 del art.6 de la Directiva, reproducido casi literalmente por el apartado 2 del art 160, y criticado por algún sector doctrinal,¹⁰¹ cuando dice: “*Las mismas acciones podrán ejercitarse contra quienes fabriquen, importen, distribuyan, vendan, alquilen, publiquen para la venta o el alquiler o posean con fines comerciales cualquier*

¹⁰¹ CABEDO SERNA, LLANOS: Op. cit. Pag. 88: Esta solución ha sido criticada por la doctrina española ya que la considera poco útil debido a los costes que va a suponer acudir a un proceso y a la lentitud que normalmente se atribuye a los órganos jurisdiccionales a la hora de adoptar una resolución. Se considera además que se trata de una solución que no va a incentivar a los titulares a introducir voluntariamente medios que permitan el ejercicio de la excepción, ya que, si se interpone una demanda y la misma tiene éxito “a lo único a lo que se le obligará es precisamente a hacer posible el ejercicio de un límite que no facilitó voluntariamente”. Por estas razones, se considera que hubiera sido preferible “el establecimiento de un mecanismo de control intermedio” con el fin de dotar al sistema de un mayor dinamismo y evitar la saturación de los órganos jurisdiccionales, con lo que podría recaer en un órgano como la Comisión Mediadora y Arbitral de la Propiedad Intelectual, de manera que la intervención judicial se dejara para una última instancia.

dispositivo, producto o componente, así como contra quienes presten algún servicio que respecto a cualquier medida tecnológica eficaz:

- a) Sea objeto de promoción, publicidad o comercialización con la finalidad de eludir la protección, o
- b) Solo tenga una finalidad o uso comercial limitado al margen de la elusión de la protección o
- c) Esté principalmente concebido, producido adaptado o realizado con la finalidad de permitir o facilitar la elusión de la protección.”

En definitiva, quizás lo más resaltante de esta reforma es que no sólo ha establecido un mecanismo, que apoyado en la tecnología protege a la obra, en lo que supone una ampliación de las facultades tradicionales del autor, sino que se trata de un mecanismo que protege además a los sistemas de protección, estableciendo medidas sancionadoras y represivas respecto a conductas de elusión y otros intentos de vulneración de tales medidas, en lo que trata de ser una protección lo más absoluta y completa posible de la obra, y por tanto de los derechos del titular de la misma.

9.3 MEDIDAS TECNOLÓGICAS Y LÍMITES AL DERECHO DE AUTOR: MEDIDAS TECNOLÓGICAS Y COPIA PRIVADA.

Continuando con el punto anterior, y partiendo de la base que por fin existe un método tecnológico y jurídico, que puede darnos garantías en cuanto a la protección de la accesibilidad de la obra, la defensa de su integridad, e incluso un mecanismo o herramienta de gestión, para el caso que considerásemos oportuno permitir su uso parcial, mediante la explotación de una licencia, podríamos considerar que nos encontramos en un entorno ideal para el autor, que encierra de esta forma y por medios técnicos, gracias a la tecnología digital, una absoluta protección y defensa de

sus intereses.

Hemos venido considerando en capítulos anteriores. que la copia privada como límite o excepción al derecho de autor, se ha mantenido, entre otras razones, por la dificultad o más bien imposibilidad de control a la hora de realización de copias de obras originales por los usuarios. Y tan sólo ante tal realidad se acepta que existan “nuevas formas de explotación del derecho de autor”. Esto que era evidente en el ámbito de la tecnología analógica, es más cuestionado en el mundo digital, en el que si bien la facilidad de copia aumenta, también se incrementan los mecanismos de control.

Dijimos en su momento, en el análisis de la naturaleza jurídica de la copia privada que algún sector doctrinal había llegado a hablar de “expropiación del derecho de autor”. En efecto al autor se le violentaba su derecho de explotación absoluta y exclusiva, concediendo una licencia genérica, que legalizaba la copia del original ante la imposibilidad de impedir o controlar esa copia.

Dicho en otros términos como no puedo impedir ese fenómeno de copia, lo legalizo con unos requisitos, y a cambio de ello, exijo una remuneración compensatoria por los ingresos que dejo de percibir, al no vender originales de obras protegidas que son sustituidos por esas copias. Al autor no se le daba a elegir. Primero, porque la ley establecía este mecanismo, y por tanto al amparo del principio de legalidad, poco tenía que hacer el titular del derecho, aunque fuera discrepante respecto a este sistema. Y segundo, porque en la práctica pocos mecanismos alternativos le quedaban, para frenar o reconducir un fenómeno, de muy difícil control y que además perjudicaba sus intereses. En resumen por imperativo legal, y por razones prácticas la copia privada así como otros límites o excepciones, eran pacíficamente aceptados por la mayoría de los titulares y, aunque había algunas voces discrepantes, eran franca minoría.

Pues bien a la vista de la nueva situación cabría pensar que nos encontramos

en un entorno en el que los titulares de derecho rechazarían, o al menos cuestionarían la vigencia del sistema tradicional. Lógicamente y tal como veíamos antes, un aumento de esas facultades del derecho de autor que, como dice Carmen Buganza, aumenta el monopolio del autor¹⁰², podría provocar que muchos de los titulares no desearan mantener las excepciones, y ejercer el derecho de explotación de la obra de una manera absoluta, en este momento en el que la tecnología le da facultades para ello.

No sería por tanto demasiado escabellado pensar, que algunos de los límites o excepciones del derecho de autor pudieran ser eliminados, o al menos dejados a la voluntad del autor el disfrute o no de los mismos, de manera potestativa.¹⁰³

Este razonamiento, que deriva de un simple análisis evolutivo de la institución de la copia privada, y de las razones de su aparición allá por los años sesenta en Alemania, tiene su referente en un análisis empírico de la materia. En efecto, personalmente mi responsabilidad en la gerencia de una Asociación sectorial, que ha representado los intereses de las empresas que en términos legales, eran los deudores de la remuneración compensatoria, hoy compensación equitativa, me ha permitido conocer a lo largo de muchos años de procesos de negociación, el parecer de las entidades de gestión de Derechos de Autor que, evidentemente eran sensibles a los intereses de sus representados, es decir los titulares de derecho, en terminología

¹⁰²BUGANZA.C: Op. cit..Pag 141 “Hemos de reconocer que la modificación de la Ley de Propiedad Intelectual supone una ampliación considerable del monopolio del autor o titular del derecho, tanto en lo que se refiere a su obra o prestación protegida como en los sistemas que utiliza para protegerla”

¹⁰³BUGANZA C: Op. cit. Pag 135. “El alcance de la protección de las medidas tecnológicas también se encuentra afectado por los límites al derecho de autor ya que impone al titular del derecho la obligación de establecer mecanismos que permitan al beneficiario de una excepción prevista en la ley el disfrute de la misma. Los supuestos de libre utilización de las obras o límites al derecho de autor no desaparecen en la era digital”.

legal los acreedores de la remuneración o compensación.

Pues bien, constante mente han acreditado su consideración de la copia privada como un mal menor como algo inevitable ante el fenómeno de copia, y totalmente alejado de los intereses de los titulares de derecho, que prefieren obtener sus ingresos de la explotación de obras originales, más que obtener una remuneración o compensación, que nunca será ajustada a lo realmente copiado, (ver las dificultades del cálculo y reparto en otro capítulo) y por tanto menos rentable.

Por tanto, llegó el momento de cambiar ese escenario y que cada autor cobre por las ventas de sus originales, evitando la copia y no permitiendo lo que podríamos llamar “copias legales”, derivadas del límite de la copia privada. Llegó el momento, por fin, de limitar ese mal menor y no deseado de la copia, y que los titulares tengan la justa compensación al éxito de su creatividad.

Sin embargo, cuando ese esperado momento llega, y la tecnología da soluciones para paliar el supuesto daño, hay todavía sectores doctrinales que indican que “no hay buena conciliación entre el límite de la copia privada y el fenómeno de la digitalización”¹⁰⁴, y siguen manteniendo la existencia de la copia privada, a pesar que el nuevo entorno y medidas de regulación y medidas tecnológicas, permitiría un tratamiento semejante al que tiene el software y las bases de datos electrónicas¹⁰⁵. Y

¹⁰⁴SANCHEZ ARISTIZABAL: Op. cit. Pag 179. “No hay buena conciliación entre el límite de copia privada y el fenómeno de la digitalización, precisamente porque la tecnología digital permite implementar medidas de control de acceso a las obras. A partir de esas posibilidades técnicas de impedir la realización de copias privadas, se ha seguido la prohibición de realizar tales copias. No hay más que ver lo ocurrido con los programas de ordenador y bases de datos electrónicas”.

¹⁰⁵CABEDO SERNA, LL: Op. cit. Pag. 86.” Es conveniente señalar que el hecho de que la copia privada quede protegida frente a medidas tecnológicas en palabras de BERCOVITZ y MARÍN LÓPEZ “no altera su naturaleza, ni desde luego mejora su “rango” jurídico,

peor aún, titulares de derecho que reniegan de tales medidas de protección y critican a los que las implementan. Curiosamente en la mayoría de los casos, este planteamiento es realizado por aquellos cuyo nivel de ventas de obras originales, y por tanto de éxito, es menor. No cabe duda que es más cómodo, tratar de asegurarse unos ingresos fijos mínimos, que someterse a la ley de oferta y demanda, que como en cualquier otro mercado hace del éxito un factor relevante para el nivel de ingresos.

Y en cuanto al ordenamiento jurídico positivo a nuestro juicio creemos que ha adoptado una postura intermedia, entre lo que sería un extremo como es la supresión de la copia privada, y el otro extremo que sería no darle ninguna validez a las ventajas de las medidas tecnológicas y la limitación, que esto último supone para la copia privada. En efecto ejemplo de esto último es el Considerando 35 de la Directiva citada, cuando en su último párrafo establece: *“El nivel de compensación equitativa deberá determinarse teniendo debidamente en cuenta el grado de utilización de las medidas tecnológicas de protección contempladas en la presente Directiva...”*. Como vemos no elimina la copia privada, simplemente matiza su alcance en términos que la compensación venga ponderada por el daño causado, que evidentemente podrá ser menor si se usan medidas de protección.

El legislador nacional ha seguido un sistema parecido y así en el artículo 25 en la nueva redacción dada por la ley 23/2006 de 7 de julio, introduce en el párrafo 4º del apartado 6 del citado artículo un nuevo texto que dice *“ Las partes negociadoras dentro del proceso de negociación y, en todo caso, los Ministerios de Cultura y de Industria, Turismo y Comercio, a los efectos de aprobación de la orden conjunta a que se refiere la regla anterior deberán tener en cuenta entre otros, los siguientes criterios: e) La disponibilidad, grado de aplicación, y efectividad de las medidas tecnológicas a que se refiere el art 161.”*

abandonando el de “límite” y adquiriendo la condición de “derecho”.

De otra parte se establece un claro respeto a la copia privada en términos muy estrictos, incluso estableciendo, a diferencia del régimen de copia privada anterior a la reforma, no sólo dicha facultad del usuario como un límite al derecho del titular de la obra, sino como una obligación explícita y rotunda de ese titular, de permitir la copia privada a pesar de la existencia de medidas tecnológicas. Si en esa correlación que comentábamos en los capítulos anteriores, en los que pretendíamos dejar bien claro, que la copia privada era no sólo un límite, sino un derecho del usuario, podría ser discutida y algo cuestionada, no cabe duda que no admite discusión ninguna en el nuevo escenario, y que la copia privada, incluso en aquellos casos en los que la tecnología permite al autor blindar su obra respecto a la copia de la misma, debe ser permitida, por ser una facultad del usuario, que incluso se quiere elevar a nivel de derecho esencial de la persona, al permitir el acceso a la cultura y evitar de esta forma las consecuencias de la llamada “brecha cultural”.

En concreto el art 161.2 de la ley 23/2006 de 7 de julio establece:

“1. Los titulares de derechos sobre obras o prestaciones con medidas tecnológicas eficaces deberán facilitar a los beneficiarios de los límites que se citan a continuación los medios adecuados para disfrutar de ellos, conforme a su finalidad siempre y cuando tales beneficiarios tengan legalmente acceso a la obra o prestación de que se trate. Tales límites son los siguientes:

Limite de copia privada en los términos previstos en el art. 31.2”.

A continuación sigue el artículo citando otros de límites recogidos en la ley y que deben ser aplicados a pesar de contar la obra con medidas tecnológicas de protección, tales como los relativos a la seguridad pública, ilustración en la enseñanza, reproducción de obras con fines de investigación, y demás casos que, aunque mantiene una situación parecida a la copia privada, no son relevantes para el análisis que nos ocupa.

De nuevo y a la vista de este esfuerzo que hace el legislador por mantener la institución de la copia privada vigente, a pesar de existir los medios técnicos para evitarla, nos surge la duda en relación a la motivación última que ha tenido el legislador para actuar así.¹⁰⁶ Son varias las razones que se nos ocurren, para tratar de justificar esta decisión, y cada una de ellas nos merece un juicio crítico diferente.

Así en primer lugar, podríamos invocar la tradición de la institución que creada en nuestro país en el año 1987, se ha ido asentando en el ordenamiento jurídico y en la práctica, no sin bastantes problemas y rechazo por los usuarios, sobre todo en los últimos tiempos a través de las famosas campañas, básicamente instrumentada por los internautas contra el llamado canon digital. No obstante si hablamos de tradición, debemos recordar, que desde el primer texto vigente que incorpora la institución de la copia privada, la ley de 1987, han quedado excluidos de su ámbito precisamente por la protección técnica de la que disponían, el software y las bases de datos electrónicas. En concreto en art.31.2 in fine establece: “*Quedan excluidas de lo dispuesto en este apartado las bases de datos electrónicas y en aplicación del art. 99.a) los programas de ordenador*”.

¹⁰⁶ PALAO MORENO, G.: Op. cit. Pag.218:” La relación entre medidas tecnológicas de protección y remuneración equitativa está llena de interrogantes, aunque, sin duda, la cuestión central es la de si ambas son compatibles, esto es, si tienen derecho a participar de esa remuneración los titulares de derechos sobre obras protegidas con medidas tecnológicas.

Ni el art. 5.2. b) DDASI ni el art. 31.2 LPI resuelve claramente la cuestión, limitándose a sentar la premisa de que la compensación equitativa por copia privada que reciban los titulares de derechos deberá tener en cuenta si se aplican medidas tecnológicas de protección.

Esto no debe ser entendido en el sentido de que los titulares de derechos que incorporen dispositivos anticopia deban quedar absolutamente excluidos de toda compensación por copia privada.

Por tanto equiparados tecnológicamente las obras protegidas al software y bases de datos electrónicas, ¿qué razón hay para no aplicarles el mismo régimen? Hay incluso algún sector de la doctrina, que incluso se inclina por la aceptación de la copia privada para esos sistemas, que hasta la fecha han permanecido ajenos a la misma. En este sentido podemos citar al profesor Emilio Suñé, cuando dice que: *“La cuestión de la prohibición de la copia privada, en el ámbito del software es más injustificable todavía si se tiene en cuenta que incluso en el ámbito de las patentes se regula una institución parecida (art 51 de la ley de patentes) ”*¹⁰⁷.

Se podrá discrepar de que la copia privada sea o no aplicable al software, y personalmente estoy totalmente en contra de esa excepción a los programas de ordenador, lo que no es menos cierto es que en el momento tecnológico actual, no se pueden hacer distinciones, pues se parte de situaciones semejantes. Por tanto o se elimina la copia privada o se mantiene, pero para todo tipo de obras creativas sin distinciones. En este mismo sentido se pronuncia un informe de la Organización de Consumidores y Usuarios, OCU, citado por CABEDO SERNA, LLANOS en su obra citada, destacando “que “no aceptamos la existencia de medias técnicas que impidan la posibilidad de efectuar copias legalmente autorizadas”. Más adelante, la OCU afirma que “esta limitación del derecho a la copia privada perjudica los intereses de los consumidores de manera inaceptable”.

El segundo criterio que podemos deducir que inspira al legislador para

¹⁰⁷SUÑÉ LLINÁS. E. (2000): “Ponencia Congreso Iberoamericano de Informática y Derecho.”: Sobre todo la cuestión de la copia privada o doméstica es inconcebible, habida cuenta de que el propio TR de la LPI de 12 de abril de 1966, establece mecanismo, - ciertamente muy colectivistas, burocratizados y que claramente persiguen el clientelismo cultural- de la remuneración de los autores que para más inri no alcanza al software. En el fondo se está creando una cultura inquisitorial por la que se pretende que todo consumidor de informática tenga complejo de pirata informático, cuando este mismo tiene sin el menor complejo, soportes audiovisuales obtenidos mediante grabación casera, que sí son legales, al amparo de la razonable normativa sobre copia doméstica...”. Lima. Universidad de Lima.

mantener este límite, es sin duda el hecho que la copia se ha configurado en este momento como un auténtico derecho, y yo diría más como un auténtico derecho fundamental de la persona, que debe ser respetado incluso en aquellos casos que el autor pudiera blindar su obra con medidas tecnológicas, permitiendo una copia de la misma.

Razón para dar a este derecho esa entidad, de casi un derecho fundamental de la persona, y ya apuntamos alguna idea anteriormente, es que el derecho de copia privada se configura como un elemento que facilita el acceso a la cultura en igualdad de condiciones. No olvidemos, que la copia privada tiene un carácter gratuito para el que hace la copia. En efecto, se dice que al final es el usuario el que “paga el canon”, dado que el importe del mismo es repercutido por el deudor (fabricante o importador) al usuario, y esto es cierto; pero no es menos cierto, que hecho un pago único en el momento de la compra del equipo o dispositivo, supone que el usuario está legitimado para hacer cuantas copias de obras originales desee. Por tanto siempre le saldrá más barato hacer esta copia que comprar el original, y esta es la base de la existencia de un daño en términos de lucro cesante (cantidades dejadas de percibir....) y por tanto de la compensación equitativa.

Por tanto eliminar la copia privada sería establecer una diferenciación en función de la capacidad económica de las personas, que puede afectar a las posibilidades de acceso a la cultura, propiciando la ampliación de la ya citada, “brecha cultural”.

En fin no cabe duda, que este argumento estaría bien montado y estructurado, pero cuando menos nos parece algo exagerado. Sincera mente considero que nadie puede hoy cuestionar, las enormes posibilidades que todo el mundo tiene de acceso a la información y por tanto a la cultura. Pero la falacia del argumento deriva del propio planteamiento, de considerar la copia privada como una forma de acceso a la cultura. A la cultura se accede también y de manera especial, incluso gratuitamente, por las vías normales de información: radio, televisión, prensa, internet, etc... pero lo que

hace la copia privada, no es permitir el acceso a la cultura sino, “la fijación de la cultura”.

Si recordamos el apartado anterior, referido a la definición legal de la copia privada veremos como el artículo 31 autoriza la copia de “...obra adquirida legalmente”. ¿De qué brecha cultural hablamos cuando se exige un título jurídico de acceso para permitir su fijación gratuita en un soporte? ¿De qué brecha cultural hablamos, cuando a la cultura ya hemos accedido y pagado, y lo único que hacemos es realizar una copia para nuestro uso exclusivo, sin que podamos transmitirla a un tercero?

Lo que ocurre, es que a hora que se puede, no interesa proteger una obra con medidas tecnológicas eficaces, pues es más fácil obtener una recaudación genérica e indiscriminada, incluso de aquel que compra un equipo o soporte, aunque nunca lo use para copiar. Sólo el afán recaudatorio, es lo que explica la falta de interés en el fomento y desarrollo de las medidas tecnológicas y su aplicación a la cultura.

Incluso el legislador llega a más. Ha pensado en el fortalecimiento de esa facultad del usuario, permitiéndole la exigencia del levantamiento de las medidas de protección. En efecto el art 161.2 establece: “ *Cuando los titulares de derecho de propiedad intelectual no hayan adoptado medidas voluntarias, incluidos los acuerdos con otros interesados, para el cumplimiento del deber previsto en el apartado anterior, los beneficiarios de dichos límites podrán acudir a la jurisdicción civil.*”

Cuando los beneficiarios de dichos límites sean consumidores o usuarios, en los términos definidos en el artículo 1.2 y 3 de la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios, en su defensa podrán actuar las entidades legitimadas en el artículo 11.2 y 3 de la Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil”.

Es decir, establece una primacía entre el derecho de copia privada, y la protección jurídica reconocida a las medidas tecnológicas. Como indicábamos antes,

el derecho de copia se considera casi un derecho fundamental, que puede obligar al titular del derecho a eliminar la protección tecnológica, para facilitar la copia de su obra original, si así se lo requiere el usuario.¹⁰⁸

Llegamos por tanto a la mayor, a mi juicio, transgresión y deterioro de una institución jurídica, que es violentar la razón de ser para la que fue creada. En efecto, cuantas veces he tenido que escuchar en tediosas negociaciones de horas y horas de duración, que el sentido de la copia privada era compensar unos daños, ante la imposibilidad de poder impedir una copia, y que la protección de la obra original y el ejercicio del derecho de explotación de la misma por su autor, primaba sobre todo.

Pues bien a hora que tenemos esa protección, ahora que el autor tiene unos medios tecnológicos que le permiten la explotación en exclusiva de su obra, se le vuelve a violentar su capacidad de decisión y no sólo se reconoce el derecho a la copia privada, sino que, aún en el caso que decidiese proteger su obra, debe renunciar a esa protección en el caso que algún particular se lo solicite en los términos y con los requisitos que figura en la ley. Es decir, ni tan siquiera se da al autor la facultad de

¹⁰⁸ LOPEZ-TARUELLA MARTINEZ, A. (2008): “Dimensión internacional de la relación entre los sistemas DMR, las excepciones al derecho de exclusividad y los derechos de los usuarios. Aspectos de derecho aplicable”. En la obra colectiva coordinada por MORENO MARTINEZ, J.A. : “Límites a la propiedad intelectual y nuevas tecnologías.” Madrid. Dykinson. Pág 289.” En ocasiones, los adquirentes de copias digitales de creaciones intelectuales no pueden llevar a cabo, por culpa de los dispositivos DRM incorporados en tales “productos”, actos que, en principio, se pueden considerar legitimados para realizar.

La normativa de protección de los consumidores de ámbito comunitario y/o nacional protege las legítimas expectativas de este colectivo a partir de normas de carácter imperativo referidas, por ejemplo, a la nulidad de las cláusulas abusivas, las garantías sobre bienes de consumo o la obligación del proveedor de contenidos de informar debidamente al usuario ante de la celebración del contrato.

optar, por la forma que considere más adecuada de explotar su obra. Ya sabemos que parte de la doctrina ha considerado a la copia privada como una nueva modalidad del derecho de explotación del autor. Pues bien entre las dos formas posibles de explotar la obra por parte del autor, se le fuerza a admitir que su obra pueda ser copiada, con independencia de que el haya decidido protegerla con los medios, que en el momento actual la tecnología actual pone a su disposición. Es decir se le obliga a levantar la protección tecnológica. Esto ha supuesto en algunos casos, una clara pugna con las entidades gestoras, que consideran que de esta forma su papel o actividad que da postergada.¹⁰⁹

Pero, hasta donde puede llegar el ánimo recaudatorio de las Entidades de Gestión, que incluso cuando a un autor blinda con la tecnología su obra le obliga a permitir, que se copie la misma para que ellas sigan recaudando. Pero cómo una institución jurídica que nace para proteger al autor, y establece como “mal menor” un mecanismo compensatorio, ante la imposibilidad de proteger técnicamente su obra original, le obliga a renunciar a esa protección.¹¹⁰

¹⁰⁹ PALAO MORENO, G.: Op. cit: Pág. 255: “Una de las cuestiones que más controversia genera es cuantificar las pérdidas de los derechos de autor por copias ilegales. En este sentido, la industria de Servicios de Sociedad de la Información aboga por la aplicación de medidas de protección tecnológicas. Según estas empresas ya es posible tecnológicamente gestionar los derechos digitales (DRM o Digital Rights Management). Sin embargo, las sociedades gestoras de los derechos de autor se niegan a que sean las grandes productoras las encargadas de gestionar éstos.

¹¹⁰ PALAO MORENO, G: Op. cit. Pág 257:” Un primer problema es que el cobro de estos ingresos solamente se puede gestionar en el mundo analógico de manera colectiva. Así, es necesario estar afiliado a alguna entidad de gestión si no se quiere renunciar a estos beneficios porque estas entidades son las únicas que están autorizadas para su recaudación. Sin embargo, en el mundo digital existen tecnologías, como las citadas Digital Rights Management (DRM), que permiten que cada creador gestione autónomamente sus derechos de propiedad intelectual”.

En aplicación de la famosa teoría del profesor IHERING, relativa al interés jurídico protegido, qué interés jurídico quiere proteger la copia privada: el derecho de autor y su capacidad de explotación exclusiva de su obra original, o el interés recaudatorio de las entidades de gestión a favor de unos autores, que son incapaces de competir en el mercado, ante la falta de éxito de sus producciones. Y por favor que no se invoque la protección del usuario, pues su capacidad de acceso a la cultura quedaría intacta, aún en el caso que desapareciera la institución de la copia privada.

Lamentablemente en esta situación que personalmente, y aunque se me califique de exceso, sólo puedo considerar de cínica, no podemos culpar al legislador español, pues es el mismo principio que hemos visto en la legislación española, se reconoció en la legislación europea, de donde trae su causa. En efecto el art. 6.4 de la Directiva de referencia establece que “...*los Estados miembros tomarán las medidas pertinentes para que los titulares de los derechos faciliten al beneficiario de una excepción o limitación establecida por el Derecho nacional de conformidad con las letras a), c), d), y e) del apartado 2 del artículo 5, con las letras a), b) y e) del apartado 3 del mismo artículo....*” En una clara remisión a la excepción de copia privada.

No obstante, parece que en este dislate algo de sensatez imperó en el legislador español, cuando a esta situación trató de poner alguna limitación. En efecto el apartado 4 del art. 161 de la norma que estamos comentando indica: “*Lo dispuesto en los apartados anteriores no impedirá a los titulares de derechos sobre obras o prestaciones adopten las soluciones que estimen adecuadas, incluyendo, entre otras, medidas tecnológicas, respecto del número de reproducciones en concepto de copia privada. En estos supuestos, los beneficiarios de lo previsto en el artículo 31.2 no podrán exigir el levantamiento de las medidas tecnológicas que, en su caso, hayan adoptado los titulares de derechos en virtud de este apartado.*”¹¹¹

¹¹¹ CABEDO SERNA, LL. : Op. cit. Pag 161:” Este apartado supone que los titulares pueden implantar medidas tecnológicas que limiten el número de copias privadas pero no que

Parece por tanto que el legislador quiso poner al menos un límite, para que el autor, pudiera limitar el número de reproducciones por copia privada. De la impresión que por un lado, se quería establecer un respeto tan grande a la institución de la copia privada que era imposible no sólo su supresión, sino que incluso el particular en determinadas condiciones, podía invocar o reclamar el ejercicio de su derecho, en el ámbito de la jurisdicción civil, en el caso que el autor deseara limitar ese derecho con ciertas medidas; y sin embargo se consideró que esta facultad sin limitación alguna podía ser excesiva. Y a tal efecto se establece esta disposición que permite al menos, limitar el número de copias, aunque no diga cuantas.

Una cierta orientación, podríamos interpretar que se produjo en el debate parlamentario cuando en el anteproyecto se incluyó la referencia a que el autor que, incluyera medidas tecnológicas de protección en su obra, debería por lo menos permitir “tres copias” de la obra original dentro del límite de la copia privada. Finalmente el texto aprobado por el Parlamento, no introdujo cuantificación alguna al respecto, lo que parece lógico, pues ¿por qué tres y no cinco?. En el mundo de las arbitrariedades constantes en esta materia, al menos parece sensato dejar al autor

la limiten de manera absoluta ya que el art. 161-1 obliga a los titulares a adoptar medidas que permitan el disfrute del límite. A nuestro juicio, se plantean aquí dos cuestiones: cuál es el número de reproducciones privadas que nuestra legislación garantiza a los consumidores y cuál es el papel del legislador respecto del número de reproducciones que, como mínimo, los titulares deben permitir.

Ciertamente era difícil concretar un número. Y ciertamente sigue siendo difícil concretar un número. Lo que parece claro es que una única reproducción no vulnera la regla de los tres pasos. Por lo tanto, en teoría basta, de acuerdo con nuestra legislación actual, con que se permita una única reproducción para entender que los titulares de derechos de propiedad intelectual permiten el disfrute del límite de copia privada de acuerdo con el art. 161-1.

que sea el mismo con su criterio, el que fije el número de excepciones a la limitación de las medidas tecnológicas.¹¹²

Como conclusión final, desde el punto de vista normativo, podemos indicar que esta novedad en la legislación española, tuvo la ventaja de reconocer por primera vez, la existencia de las medidas tecnológicas, y su eficacia técnica y jurídica. Extremo este que constantemente era negado por las entidades de gestión. Asimismo no se puede ser excesivamente crítico con el legislador español, pues en esta materia prácticamente reprodujo el literal de los artículos correspondientes de la Directiva, tal y como reconoció en Consejo de Estado en su dictamen sobre el proyecto de ley de fecha 10 de marzo del 2005. Y por tanto poco margen de maniobra tenía para establecer una legislación, más acorde con las necesidades de la materia a nuestro juicio.

9.4 NECESIDAD DE UN NUEVO MARCO JURÍDICO: SENTENCIA PADAWAN.

¹¹² CABEDO SERNA, LL. : Op. cit. Pag 85: “La opción inicial del legislador fue la de no incluir la copia privada entre límites garantizados frente a las medidas tecnológicas de protección, tal y como se desprende de los tres Borradores.

En el Proyecto de Ley de 2005 se fijó un número mínimo de tres reproducciones a favor de los beneficiarios del límite de copia privada (art. 161 -4). En las enmiendas presentadas a dicho artículo del Proyecto de Ley, varios grupos parlamentarios propusieron eliminar el número mínimo contemplado. Dichos grupos alegaron diversas razones: no era la opción contemplada de forma mayoritaria por los demás Estados miembros, se trataba un número arbitrario, imponía una obligación que podía tener graves repercusiones en el desarrollo de nuevos servicios y modelos de negocios, y, por último, podía suponer un excesivo perjuicio al derecho exclusivo de reproducción del autor.

9.4.1 Necesidad de nuevo marco jurídico y alternativas al canon.

Lo cierto es que estas medidas tecnológicas, quizás por el miedo que las Entidades de Gestión tenían sobre su eficacia en contra de la copia privada, nunca tuvieron especial éxito en su aplicación práctica y jurídica, por lo que lamentablemente nunca se consideró como una solución alternativa al canon por copia privada. Pensamos sinceramente que de nuevo primó más el ánimo recaudatorio que el práctico, y si se descartaron estas medidas como solución a un problema es, porque como venimos diciendo, se prefería más la solución cómoda de la garantía en la recaudación, que la defensa del bien que se trataba de proteger como el derecho de explotación del autor de su obra original.

Por otra parte, ya comentamos en su momento, que la reforma realizada por la ley del 2006, tampoco sirvió para resolver los problemas planteados por la aplicación del canon digital. La respuesta social, encabezada por la llamada sociedad internauta, seguía siendo muy crítica a la institución y a los diferentes aspectos de la misma, tales como las tarifas, la repercusión de las mismas al usuario, etc..

Recordemos por otra parte, que en definitiva la aplicación práctica de esta reforma, derivó de una Orden Ministerial que el Gobierno tuvo que dictar, ante la falta de consenso entre las partes afectadas, y una vez agotado el periodo negociador.

Los defectos de nacimiento de la norma que ya comentamos en su momento, se vieron agravados por otras cuestiones de índole práctica en la aplicación de la misma: nuevos productos, problemas de interpretación relacionados con las características de los productos, etc... Como siempre, y dentro de lo habitual en esta materia, la actitud tímida de la Administración propició, en lo que ha sido una constante en su actuar, esperar a que los problemas se resuelvan solos, y ni tan siquiera procedió a la actualización que la ley le permitía, iniciando un nuevo proceso negociador que desembocara, a falta de acuerdo, en una nueva orden ministerial.

Todos estos problemas, junto a la consideración que la opinión pública seguía enfrentada a esta institución que nunca aceptó. Unido también a un deterioro cada vez mayor de imagen de las Entidades de Gestión, especialmente de la SGAE, propiciaba la necesidad de abordar una nueva reforma, que solucionase los problemas surgidos e incluso, algún sector de la comunidad internauta abogaba por la supresión directa del canon como única solución.

Lo cierto es que a nuestro juicio, si la reforma del 2006, se hubiera aplicado correctamente no se hubiera producido la situación descrita. Pero de nuevo el deseo de favorecer al “cliente natural”, en expresión de algún responsable del Ministerio de Cultura, propició que ciertos mecanismos, como los criterios de aplicación previstos en la propia ley, nunca se aplicaran o mecanismos como las medidas de protección tecnológica indicados anteriormente, no surtiera los efectos esperados.

Por tanto, la necesidad de reforma era, podríamos afirmar sin exageración “un clamor popular”. Además se demandaba una reforma profunda, es decir no la modificación de los criterios de cálculo, no la modificación del sistema o de los productos afectados. Se planteaba una revisión profunda de la institución, en el deseo de encontrar fórmulas alternativas a la misma.

Sinceramente pienso que la presión social llegó a tal nivel, que hasta las propias Entidades de Gestión estaban dispuestas a aceptar, un modelo que no respondiera estrictamente a los parámetros de la institución clásica de la copia privada, siempre y cuando les garantizase la adecuada recaudación.

Sin embargo, nunca se realizó un análisis serio de las diversas fórmulas alternativas al canon, por parte de los poderes públicos ni las Entidades de Gestión. Hubo algún intento por los deudores que, como de costumbre, “predicaban en el desierto” con escaso éxito en sus planteamientos. Por tanto el mapa de situación era, por un lado una Administración que reconocía que había que hacer algo, si bien no sabía muy bien el qué hacer. Por otro lado las Gestoras de derecho de autor,

acomodadas a la situación manteniendo su nivel de recaudación, y para las que la mejora del sistema sólo implicaba, que algunos productos no podían quedar fuera del ámbito del canon. Asimismo los deudores tratando de encontrar formulas alternativas, y al mismo tiempo convencer de la bondad de las mismas. Todo ello bajo el paraguas de un usuario cada vez más molesto por la situación, y demandando una rápida solución.

La presión social y la popularidad del tema llegó a ser tan fuerte, que tengo que reconocer, que en los años que he estado en contacto con esta institución (más de 20), jamás había visto que la misma se elevara a punto fundamental del programa político de los partidos ¹¹³, de cara a procesos electorales. En efecto, no ha habido elecciones generales, en las que la mayoría de los partidos políticos con representación parlamentaria, no hayan incluido una referencia al canon, en sus programas de gobierno. Ciertamente esas referencias no eran demasiado explícitas, y se limitaban a indicar, dicho en términos simples y populares, que algo había que hacer, aunque no se supiera muy bien el qué. Lo que no resta importancia al hecho de reconocer que la cuestión se elevó casi a una cuestión de Estado.

Lo que no es menos cierto, es que tanto en esos partidos políticos, como la Administración jamás abrieron un proceso de debate y reflexión sobre las diversas alternativas al canon. E incluso los estudios que se les presentaron, no merecieron especial atención, y menos aún una toma clara de posición respecto a las diversas alternativas planteadas. Pero ¿Cuáles eran esas alternativas?

Son bastantes las hipótesis que se plantearon al respecto, por diversas iniciativas. Es necesario reconocer que esas iniciativas procedían más del área de los deudores, que de los acreedores. Esto en un principio, podría parecer lógico, pues los que estaban sufriendo un perjuicio económico claro, y un deterioro de su mercado natural eran, en efecto, los deudores.

¹¹³ ["www.pp.es/conocenos/programas-electorales_23.html/](http://www.pp.es/conocenos/programas-electorales_23.html/)

No obstante los acreedores en ningún momento calibraron el grave deterioro de imagen que estaban sufriendo, y las negativas consecuencias que esto traería consigo. Por tanto, en ningún momento trasladaron una propuesta seria de cambio de modelo. Entre otras razones, porque el modelo les era francamente productivo y salvo algún ajuste pequeño e interesado, no querían cambio alguno. Este error de previsión futura, derivada de una situación acomodada y del convencimiento de tener un poder social y mediático, que no se correspondía con la realidad, tuvo las consecuencias de una legislación nueva que como veremos está más cerca del planteamiento de los deudores que de los acreedores. Unos-deudores- se esforzaron en defender y justificar sus pretensiones, aprovechando además la corriente de opinión generada, y otros-acreedores- como de costumbre, siguieron acomodados en planteamientos arcaicos, que nada se correspondían con la realidad del entorno. Nunca pensaron que una posición mantenida y defendida por los poderes públicos, durante más de veinte años, pudiera dar el vuelco que posteriormente analizaremos, al repasar la legislación actual que reformó el régimen vigente hasta la fecha.

Pero antes de ver el nuevo régimen, veamos de manera solemne las alternativas que se planteaban al canon, partiendo de la idea que evidentemente, esta relación se basa en documentos elaborados con carácter interno o público¹¹⁴ por los deudores. Asimismo la enumeración que realizamos, no es exhaustiva, sino que recoge las alternativas que merecieron mayor atención por los deudores, aunque sin duda existen más alternativas a las aquí enunciadas. En concreto estas alternativas son:

- a) Establecimiento de un sistema de compensación armonizada, administrado a nivel nacional o europeo.

¹¹⁴ FERREIRA, J.L.: (2010) : “Compensación por copia privada un análisis económico de modelos alternativos”. Informe Final ENTER. Madrid.IE-Business School. Pag.89.

- b) Pago del canon en el canal distribuidor
- c) Aplicación del canon en origen
- d) Aplicación de un porcentaje por equipo
- e) Pago de la compensación con cargo a los Presupuestos del Estado.

Todos estos sistemas propuestos además planteaban un denominador común y es que, cualquiera que fuera el método que se aplicara, debería pasar por una gestión única por parte de las entidades de gestión.

Pero veamos con algún detalle, las características y ventajas de algunos de estos sistemas, de los que ya anticipamos uno de ellos fue elegido posteriormente por el legislador, en última reforma.

a) Establecimiento de un sistema de compensación armonizada, administrada nivel nacional o europeo.

Ya hemos comentado de manera reiterada, que uno de los principales problemas, que a lo largo de la dilatada vida del canon se han producido, eran las desigualdades y los desequilibrios del mercado, tanto a nivel nacional como europeo. Por otra parte los procesos de armonización, dada las discrepancias de opinión entre los estados miembros, los equilibrios políticos, y la técnica de elaboración de normas, en la que para lograr una unificación de criterio, se opta por dejar frases ambiguas, “fair compensation”, y soluciones no definitivas, no han producido nunca un resultado satisfactorio.

Por tanto abordar un proceso armonizador, con claridad en los equipos e importes, tanto a nivel nacional como a nivel comunitario, sin duda evitaría los problemas que hasta la fecha se habían producido.

Es cierto que sería necesario hacer ajuste entre los diferentes mercados, pero esos ajustes podrían venir establecidos por la autoridad europea. No obstante el

hecho de que se fijara una lista única y definitiva para todos los países, y unas bandas de tarifas, como existe actualmente en el IVA, sin duda evitaría la distorsión que tradicionalmente se ha producido. Dicho en otros términos, y quizás en un lenguaje poco académico, un disco duro a efectos del canon debe ser lo mismo en España, Francia o cualquier otro Estado de la UE. Y debe pagar una tarifa que debe oscilar entre un x o y por ciento. Pero igual para toda Europa.

b) Pago del canon en el canal distribuidor:

Como sabemos, el pago del canon se estableció, que sería realizado por los fabricantes y/o por los importadores de bienes y equipos sujetos al mismo.

A lo largo de varios capítulos hemos visto, como este sistema ha sido una constante fuente de problemas y de desequilibrios en el mercado. Sólo con recordar todo lo indicado en su momento, en relación con el fraude que se produjo en el pago del canon, y sus consecuencias para el mercado, bastaría para acreditar la necesidad de buscar otro sistema recaudatorio.

Pues bien, la solución que comentamos, supondría que el pago se realizaría por el consumidor directamente al distribuidor, o minorista en el momento de la transacción. Las ventajas son incontestables: en primer lugar para las propias entidades de gestión, encargadas de la recaudación que evitarían el riesgo de fraude transfronterizo, que de hecho se produjo.

Por otra parte, la cercanía con el consumidor, además de evitar el fraude, podría tener una mayor eficacia en el ámbito de evitar lo que luego se llamó “el canon indiscriminado”, y que a la larga ha supuesto el fin de la institución. En efecto el recaudar el canon a través del canal distribuidor, permitiría establecer más fácilmente un sistema que distinguiría entre usuarios profesionales, de aquellos particulares que en efecto dedican el equipo o soporte a la realización de la copia privada. En definitiva sería aplicar un criterio finalista no discriminatorio, que haría pagar el canon a quien

realmente debería estar obligado a pagarlo, es decir el que realmente copia y no el consumidor que adquiere un bien o soporte aunque jamás lo use para copiar.

No cabe duda que este sistema es más justo, equitativo y eficaz; pero sin duda también complicaba la gestión del canon, por las entidades gestoras que veía n aumentado su universo de deudores. Por tanto este sistema siempre tuvo la oposición de los acreedores. Lamentablemente para los acreedores, esta actitud cómoda en el procedimiento recaudador, ha traído como consecuencia, como luego veremos, el fin de la institución, al menos en los términos inicialmente concebida.

c) Aplicación del canon en origen.

En este sistema el canon está incluido como parte del precio de la obra original, sujeta a protección por el derecho de autor, y por tanto susceptible de ser copiada. En alguna medida cuando un usuario adquiere la obra original, paga un precio en el cual iría incluido no sólo la remuneración de la obra original, sino también el derecho de copia privada de esa obra original, y el pago de ese precio es el que le legitima a realizar la copia con los límites que marca la ley.

Este sistema que se erige quizás, en uno de los más justos, pues su pone el pago directo por parte del que tiene y puede ejercer el derecho de copia, tiene además indudables ventajas: por un lado que el coste del canon se traslada del mercado de equipos a su mercado natural, cual es el de los derechos de la obra original. Por otro lado permitiría aplicar de una manera más directa las medidas de protección tecnológica,¹¹⁵ por lo que toda aquella obra que las aplicase y las incorporase al

¹¹⁵ LOPEZ RICHART, J. : Op. cit. Pag. 191 y 192:” Aunque en ocasiones se emplean como si nóminos, no ha y que confundir la s medidas tecnológicas de protección con los llamados sistemas de gestión digital de derechos (*Digital Rights Management Systems* o simplemente DRMS), que no son una tecnología específica, sino que consisten más bien en la combinación de un vasto arsenal de herramientas tecnológicas que permiten ejercer diversas funciones, como bloquear el acceso a los contenidos protegidos, licenciar el uso de la obra o

original, no tendría que recaudar el canon; sin embargo aquella que no incorporase medidas de protección sería susceptible de cobrarlo.

A la vista de todo lo anterior, no cabe duda que este sistema evitaría la aplicación indiscriminada del canon, pagando sólo aquella obra susceptible de ser copiada, no protegida por medidas tecnológicas, implicando además una remuneración directa al autor de la obra original. El ahorro que supondría esta gestión directa en lugar de la gestión colectiva de las Entidades de Recaudadores, suponía también una indudable ventaja, que al mismo tiempo era su mayor inconveniente por el rechazo que dichas entidades planteaban a este sistema, dado que las dejaba vacías de contenido.¹¹⁶

d) Aplicación de un porcentaje por equipo

gestionar el pago de forma electrónica. En definitiva, los DRM son sistemas avanzados que pretenden hacer posible en toda su extensión el comercio de derechos de autor o de creaciones intelectuales en un entorno digital.

¹¹⁶ADIEGO RODRIGUEZ, J.: Op. cit. Pág. 52:” Existen diferentes técnicas para la implantación de la gestión digital de derechos pero, en general, todas tienen en común ciertas características:

Detectan quién accede a cada obra, cuándo y bajo qué condiciones, e informan de esta actividad al proveedor de la obra.

Autorizan o deniegan de manera inapelable el acceso a la obra, dependiendo de las restricciones de acceso, las cuales puede cambiar el proveedor de la obra unilateralmente.

Cuando autorizan el acceso, lo hacen bajo condiciones restrictivas que el proveedor de la obra establece unilateralmente, independientemente de los derechos que la ley otorgue al autor o al público.

Este sistema implica aplicar un tanto por ciento, como un impuesto indirecto sobre el precio en función de la naturaleza del producto. Este tanto por ciento puede variar en función de la naturaleza del equipo, lo que permitiría incluso graduar el canon, aplicando un porcentaje superior a aquellos equipos y soportes, que supuestamente o basados en estudios técnicos tengan más capacidad de copia.

Entre otras ventajas, este sistema podría funcionar con un mecanismo o procedimiento semejante al IVA. Es decir con declaraciones trimestrales y pago correspondiente, en función de lo declarado. Obviamente y dada la naturaleza privada de esta exacción, no debería ser el Estado o los poderes públicos, los que realizaran la recaudación sino una entidad única a nivel estatal o europeo. Las ventajas que los porcentajes, que en ningún caso deberían ser elevados para evitar el fraude, tal como quedó acreditado en otros capítulos, fueran armonizados a nivel europeo son claras: se evitarían distorsiones entre los diferentes mercados territoriales y el doble cobro entre los estados.

e) Pago de la compensación con cargo a los Presupuestos del Estado.

Este sistema no es una mera teoría sino que está vigente en países como Noruega o Estonia, y supone prever un acatamiento en los Presupuestos del Estado para compensar la copia privada en favor de los usuarios.

Como vimos en su momento al estudiar la naturaleza jurídica de la institución, existe, una corriente que, partiendo de la consideración que el derecho de copia privada, es una manifestación concreta del derecho de acceso a la cultura, y este a su vez es un derecho fundamental, tiene que ser sufragado por los poderes públicos. La bondad del sistema es clara en la medida que no supone un gasto para el usuario, las empresas eliminan trámites y gestiones, y los autores ven compensadas sus supuestas pérdidas. *“Es el sistema ideal desde un punto de vista económico, pues minimiza la distorsión en los mercados y permite diferentes niveles de compensación*

en los diferentes países.¹¹⁷ Curiosamente y como veremos más adelante este el sistema que finalmente se ha adoptado en el ordenamiento español.

Por tanto y una vez analizadas las diversas alternativas, y a pesar que, por las razones apuntadas en su momento, estaba claro que algo había que cambiar en el panorama normativo, y buscar una solución al tema. Lo cierto es que no se sabía muy bien qué hacer. Sin embargo hubo un hecho que cambió el panorama, o mejor dicho precipitó los acontecimientos, y obligó a la Administración a dejar esa actitud, podríamos decir contemplativa y condescendiente y forzó a adoptar medidas con una mayor diligencia. Nos estamos refiriendo a la Sentencia del Tribunal de Luxemburgo de 21 de octubre de 2010, más conocida como Sentencia Padawan, a la que nos vamos a referir en el siguiente apartado.

9.4.2 Sentencia Padawan.

Con fecha 21 de octubre de 2010 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictó una Sentencia en el asunto C-467/08 (SGAE vs Padawan), en la que se contestaba las cuestiones prejudiciales formuladas por la Sección 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona.

En dicha Sentencia básicamente el Tribunal Europeo, realiza diversas manifestaciones que son especialmente relevantes para la institución que nos ocupa.

-Concepto:

Así en primer lugar el Tribunal declara que el concepto de compensación equitativa es un concepto autónomo del Derecho de la Unión, y por lo tanto debe interpretarse de manera uniforme en todos los Estados miembros que hayan

¹¹⁷ Ver Informe ENTER citado.

establecido una excepción por copia privada.¹¹⁸

Por otra parte se afirma que el “justo equilibrio” que debe respetarse entre los afectados por la excepción de copia privada, implica que la compensación equitativa haya de calcularse necesariamente, sobre la base del criterio del perjuicio causado a los autores de obras protegidas como consecuencia del establecimiento de dicha excepción.

Y por último y lo más importante, es que señala que no resulta conforme a la Directiva 2001/29 la “aplicación indiscriminada”, del canon por copia privada en relación, con todo tipo de equipos, aparatos y soportes de reproducción digital, en particular en relación con el supuesto citado por la Audiencia Provincial de Barcelona, de éstos los que no se hayan puesto a disposición de usuarios privados, y que estén manifiestamente reservados a usos distintos a la realización de copias privadas.

Realmente y a la vista de las declaraciones de la Sentencia, que de manera muy sutil hemos esbozado anteriormente, ya podemos deducir que existe un antes y un después, de la Sentencia en lo que a la interpretación de la institución de la compensación equitativa se refiere y a su naturaleza jurídica.

En efecto la Sentencia, insiste o mejor dicho recuerda algo básico, pero que fue ignorado por la legislación española, y por otro lado reconoce algo claramente demandado por la sociedad, y que es de justicia básica.

En cuanto a lo primero que recuerda la Sentencia es algo elemental en la institución, y es que la compensación equitativa debe calcularse sobre la base del perjuicio causado. Esta es una afirmación consustancial con la propia institución. Si existe compensación es porque hay un daño, y si es equitativa es porque debe estar

¹¹⁸ RAMIREZ IGLESIAS, J. (2011) “La Sentencia Padawan”. Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia. nº20. Nueva Época. Marzo/Abril 2011. Madrid. La Ley.

en proporción al alcance de ese daño. Lo que ocurre es que el legislador español, en este caso el Gobierno, en el ejercicio de su potestad reglamentaria, a través de la correspondiente Orden Ministerial, había establecido unas cantidades e importes, más cercanos a las demandas de las Entidades de Gestión, que al daño efectivamente causado. De nuevo el objetivo de la recaudación pesó más que el de la equidad. Pero la Sentencia no entra en el análisis de cantidades, simplemente invoca el criterio del daño causado, como criterio de cálculo, para fundamentar la siguiente afirmación sobre el carácter no discriminatorio de la institución.

En ese sentido lo que viene a sentar la Sentencia es que la compensación equitativa no puede establecerse, tal y como se hace en la normativa española, de manera indiscriminada para todos los usuarios, sino tan sólo para aquellos que realizan la copia privada, causante del perjuicio. Esto tiene dos consecuencias claras: por un lado las adquisiciones de equipos y soportes hechos por personas jurídicas, deben quedar excluidas del cálculo pues las personas jurídicas no copian. Por otra parte no todos los equipos y soportes están sujetos al canon, sino solamente aquellos que realizan copias privadas. Con independencia de los matices que luego comentaremos, es evidente que las consecuencias prácticas de esta Sentencia hacen que, la afirmación anterior sobre un antes y un después de la misma, no sea para nada exagerada.

No se trata de hacer un análisis exhaustivo del alcance de esta Sentencia, pues excedería de los límites de este trabajo. Lo que si queremos destacar, es que ha sido determinante para la evolución de la institución. En cualquier caso si podemos sintetizar los puntos clave de la misma en los siguientes apartados:

-La compensación equitativa es un concepto autónomo del Derecho de la Unión Europea:

Esto supone que debe interpretarse de manera uniforme en todos los Estados miembros. Este pronunciamiento del Tribunal, que supone una respuesta directa a la

primera cuestión prejudicial planteada por la Audiencia de Barcelona, puede parecer poco trascendente. Sin embargo es fundamental, pues aunque el concepto de compensación equitativa, se establece en la propia Directiva, algunas Entidades de Gestión defendían que no era materia sujeta a armonización, dado que los Estados miembros son competentes para fijar el sistema de compensación que estimen pertinentes. Sin embargo la respuesta del Tribunal es clara cuando dice que “ *el concepto de “compensación equitativa, en el sentido del artículo 5, apartado 2, letra b) de la Directiva 2001/29 es un concepto autónomo del Derecho de la Unión, que debe interpretarse de manera uniforme en todos los Estados miembros que hayan establecido una excepción de copia privada, con independencia de la facultad reconocida a estos para determinar, dentro de los límites impuestos por el Derecho de la Unión y, en particular, por la propia Directiva, la forma, modalidades de financiación y de percepción y la cuantía de dicha compensación equitativa*”.

La transcendencia práctica de una declaración de esta naturaleza supone que, aunque los Estados miembros gozan de cierta autonomía para fijar el sistema de compensación que estimen oportunos, al ser un concepto autónomo del Derecho de la Unión, tienen los límites impuestos por el Derecho de la Unión en general, y por los propios criterios por tanto de la Directiva.

-Criterio del daño causado:

Entre esos límites a los que aludí antes anteriormente y que refleja la propia Directiva, está que la compensación debe establecerse en función del daño causado. Esto es una conclusión claramente deducible del propio texto de la Directiva; no obstante el Tribunal lo deja totalmente clarificado. En concreto la segunda cuestión prejudicial que plantea la Audiencia es si el “justo equilibrio” entre los afectados viene determinado por la justificación de la compensación equitativa, que es paliar el perjuicio derivado de la excepción por copia privada. El Tribunal confirma ese planteamiento cuando dice en el apartado 42 de la Sentencia: “ *42.De ello se deduce que la compensación equitativa debe calcularse necesariamente sobre la base del*

criterio del perjuicio causado a los autores de obras protegidas debido al establecimiento de la excepción de copia privada.”

-Regla de minimis:

Otro de los límites sobre los que se pronuncia el Tribunal, es sobre la regla de minimis, que tratamos en otro apartado, si bien se limita tan sólo a citar el principio y a recordar la necesidad de su aplicación, al no haberse planteado una cuestión prejudicial concreta al respecto. Así los apartados 39 y 46 de la Sentencia indican que: *“(....) teniendo en cuenta no obstante, que un perjuicio (...) mínimo puede no dar origen a una obligación de pago”; y “(...) atendiendo al hecho de que el perjuicio que puede derivarse de cada utilización privada, considerada individualmente, puede resultar mínimo y, por lo tanto, no dar origen a una obligación de pago, como indica la última frase del trigésimo quinto considerando de la Directiva 2001/29.* Esta referencia de la Sentencia a la regla de minimis hay que ponerla en relación y es un complemento, a la aplicación indiscriminada del canon a la que a continuación nos referimos.

-Obligados al pago:

Dentro de la segunda cuestión prejudicial la Audiencia plantea al TJU la cuestión de los “obligados directo o indirectamente al pago” La respuesta del TJU es rotunda, manifestando que el deudor de la compensación equitativa es el usuario final beneficiado de la excepción de la copia privada. En concreto dice el TJU en el Apartado 45 de la Sentencia: *“(....) quien causa un perjuicio al titular exclusivo del derecho de reproducción es la persona que realiza, para su uso privado, una reproducción de una obra protegida sin solicitar autorización previa del titular. Así pues incumbe en principio a dicha persona reparar el perjuicio derivado de tal reproducción, financiando la compensación que se abonará al titular”.*

Esta respuesta del TJU, es una primera manifestación de toda la doctrina que a

continuación sentará, en torno al carácter indiscriminado o no del canon en España, y a la que aludiremos a continuación. Si bien, también matiza en cuanto a los obligados al pago que :“(....) *se ajusta a los requisitos del “justo equilibrio” la previsión de que las personas que disponen de equipos, aparatos y soportes de reproducción digital y que, a este título, de derecho o de hecho, ponen esos equipos a disposición de usuarios privados o les prestan un servicio de reproducción sean los deudores de la financiación de la compensación equitativa, en la medida en que dichas personas tiene la posibilidad de repercutir la carga real de tal financiación sobre los usuarios privados.*”

En realidad la Sentencia sienta o reconoce un principio, ya aceptado de manera práctica en nuestro ordenamiento, aunque no se dijera con tanta claridad. En efecto se reconoce que por un lado el deudor debe ser la persona, usuario, que causa el supuesto daño, y por otra se permite la existencia de un deudor, podríamos llamar instrumental o práctico, que es aquel que dedicado a ciertas actividades, (la Sentencia habla de puesta a disposición de los usuarios...) tiene posibilidad de repercutir la carga al usuario. Esto en principio podría considerarse baladí, y además la práctica a lo largo de los años, ha consolidado esta forma de proceder; no obstante si lo conectamos con el apartado siguiente relativo a la aplicación indiscriminada del canon, veremos cómo es importante pues la exigencia del pago al fabricante o importador, que a su vez revende a distribuidores o minoristas, impide una aplicación sin discriminación al ignorar la naturaleza del usuario final, si es un particular o una persona jurídica o la Administración, sujetos estos dos últimos con incapacidad manifiesta para hacer la copia privada, y por tanto no causantes de daño alguno.

-Prohibición no indiscriminada del canon:

A través de las cuestiones tercera y cuarta planteadas por la Audiencia de Barcelona, cuestiona al TJU, si a tenor del art. artículo 5.2 (b) de la Directiva 2001/29 existe una necesaria vinculación entre la aplicación del canon por copia privada y el presumible uso para realizar reproducciones privadas, y si la aplicación indiscriminada

del canon por copia privada, en particular en relación con equipos, aparatos y soportes de reproducción digital manifiestamente reservados a usos distintos a la realización de copias privadas, es conforme con la Directiva 2001/29.

Quizás nos encontremos ante uno de los puntos más importantes de la Sentencia, tanto desde el punto de vista de la naturaleza jurídica de la institución, como desde el punto de vista práctico. No olvidemos que era un señalamiento generalizado, incluso entre los opositores al canon, que el respeto al derecho de autor, implicaba la existencia de un canon, pero al mismo tiempo se insistía que ese canon, no podía ser indiscriminado, y que sólo debería ser pagado por aquel que causaba el daño, y cuantificado en función del alcance de ese daño. Pues bien la Sentencia del caso Padawan, en los términos que a continuación veremos viene a dar carta de naturaleza a ese planteamiento.

En efecto el TJU señala al respecto, que un sistema de financiación de la compensación equitativa a través de un sistema de cánones *“sólo es compatible con los requisitos del “justo equilibrio” en caso de que los equipos, aparatos, y soportes de reproducción en cuestión puedan utilizarse para realizar copias privadas y, por consiguiente, puedan causar un perjuicio a los autores de obras protegidas. Así pues en atención a dichos requisitos, existe una necesaria vinculación entre la aplicación del canon por copia privada en relación con los equipos, aparatos y soportes de reproducción digital y la utilización de éstos para realizar reproducciones privadas”*.

La claridad del planteamiento del TJU es manifiesta, cuando a continuación, indica que: *“...por consiguiente, la aplicación indiscriminada del canon por copia privada en relación con todo tipo de aparatos, soportes de reproducción digital, incluido el supuesto, citado por el órgano jurisdiccional remitente, de que éstos sean adquiridos por personas distintas de las personas físicas para fines manifiestamente ajenos a la copia privada, no resulta conforme con el artículo 5, apartado 2, de la Directiva 2001/29”*

Como apuntábamos anteriormente, sólo podemos aplaudir la técnica del TJU y su reconocimiento de algo tan sumamente evidente, como que el aparato, dispositivo o soporte, que se destina a un fin distinto de la copia privada, no tiene que pagar la remuneración compensatoria. O lo que es lo mismo que el canon no puede aplicarse indiscriminadamente a cualquier aparato, tan sólo por su capacidad de hacer daño sino por el daño efectivamente causado. Parece increíble que algo tan evidente a la razón, el sentido común, y la justicia que tiene que impedir cualquier ejercicio de exégesis jurídica interpretativa, y aplicación práctica de una norma, haya tenido que esperar casi veinticinco años para ser plasmado en una sentencia judicial. De ahí que aplaudamos los términos, la claridad y el alcance de la Sentencia que comentamos, cuyos planteamientos fueron incorporados, por el órgano jurisdiccional consultado prácticamente en su integridad, a través de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona.

9.4.3 Actual regulación en España.

La polémica estaba una vez más servida, y si la necesidad de cambio era un clamor popular, después de la Sentencia Padawan, la necesidad era imperiosa, por razones jurídicas y prácticas. Era necesaria una solución alternativa y rápida, si no se quería ver inundados los tribunales de demandas de reclamación de cantidad a las Entidades Gestoras, con bastantes posibilidades de éxito. No se descartó incluso, la posibilidad de reclamar cantidades a las Gestoras con carácter retroactivo o incluso cantidades a la Administración del Estado por la responsabilidad incurrida, al incumplir los plazos previstos en la ley.

A pesar de todo ello, pasaron más de 15 meses hasta que se produjo la esperada reforma. De nuevo las dudas e incertidumbres, en cuanto al modelo alternativo más adecuado. Unido, como siempre, al miedo a las reacciones y consecuencias políticas que de tal cambio, podían derivarse, motivó este retraso. Fue

necesario u n cambio político par a que por fin se produjera el tan esperado y demandado cambio.

Entre todas las posibles alternativas, alguna de ellas apuntadas en el apartado anterior, ¿Cuál fue la elegida por el legislador español? Pues claramente el método noruego y estonio, es decir establecer el pago de la compensación equitativa por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado. Veamos cual es el t exto positivo de la reforma aprobada.

El Boletín Oficial de l Estado nº 315 de 31 de diciembre de 2011, con o casión de aprobar una prórroga presupuestaria publicó el *Real Decreto-ley 20/2001, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público*. Esta norma , propia de final de año y con un heterogéneo contenido, establece en su Disposición Adicional Decima, lo siguiente:

“Decima. Modificación del régimen de compensación equitativa por copia privada.

1. Se suprime la compensación equitativa por copia privada, prevista en el artículo 25 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, con los límites establecidos en el artículo 31.2 de la misma ley.

2. El Gobierno establecerá reglamentariamente el procedimiento de pago a los perceptores de la compensación equitativa por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado.

3. La cuantía de la compensación se determinará tomando como base la estimación del perjuicio causado.”

La verdad es que la redacción no puede ser más in congruente en su

enunciado. En efecto por un lado se dice que “se suprime” la compensación equitativa, pero por otro se reconoce la obligación de pago con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, si bien en cuanto al método se remite a un posterior desarrollo reglamentario. Pues bien la cuestión es ¿si se suprime la compensación equitativa por qué hay que pagar la misma, sea con cargo a los Presupuestos o a cualquier otra fuente de financiación?

De la lectura de tan escueto texto deducimos lo siguiente:

- a) Subsiste el derecho de copia privada. En ningún apartado se indica su supresión
- b) No obstante lo que si se suprime es la compensación equitativa, es decir la necesidad de compensar a los titulares de derecho del posible daño que produce la copia privada
- c) No obstante se establece la obligación de pago con cargo a los Presupuestos Generales del Estado
- d) Es más se indica que la cuantía de la compensación se determinará en función del daño, pero ¿no se había suprimido la compensación? ¿por qué hay que calcular lo que se ha suprimido?

Que nadie dude que no habrá persona más favor de suprimir esta institución, que el autor de esta tesis. Pero que nadie dude tampoco que incluso cuando el resultado de algo es favorable, ese algo debe realizarse con el rigor adecuado, que de nuevo ha faltado en esta reforma.

Que la presión social era grande. Ciertamente. Que el partido político que había ganado las elecciones se había comprometido a cambiar la situación, también es

cierto; pero las necesarias prisas no justifican la precipitación y la torpeza en la redacción del texto normativo. Recordemos que se está eliminando una institución, que ha estado vigente desde el año 1987, es decir casi 25 años. Una institución que ha propiciado seis reformas legislativas, un proceso unificador en Europa, y que ha sido primera página de actualidad en medios de comunicación, y de profundo calado social.

Triste final para la remuneración compensatoria, que tras veinticinco años de vida es suprimida con una disposición de una norma presupuestaria escueta y confusa...

En cualquier caso, esta reforma legislativa nos sugiere dos reflexiones, además de lo ya comentado: por un lado cabe cuestionarnos en qué situación queda la remuneración compensatoria. Está o no está vigente esta institución. Por otro lado nos planteamos la legitimidad que el Presupuesto de Estado, deba contribuir al sufragio de la remuneración compensatoria. Dicho en otros términos ¿es justo y legítimo que la remuneración compensatoria, que en cualquier caso es una compensación para un colectivo privado- titulares de derecho de autor-, deba ser pagada con cargo al erario público, o como ha dicho algún medio de comunicación, con cargo a todos los españoles? ¿NO estaremos de nuevo ante un canon indiscriminado?

Veamos con algún detenimiento estas dos cuestiones: Lo primero, obviamente, antes de avanzar es determinar si la institución está o no vigente. A mi juicio la institución está plenamente vigente, a pesar de la claridad del texto normativo, que dice *“se suprime la compensación equitativa por copia privada....”*. Pero es que a continuación se remite a un desarrollo reglamentario para indicar como se pagará con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, al tiempo que fija el criterio de cálculo de la misma: el daño causado.

Lo que es cierto, por otra parte, es que la copia privada se mantiene vigente, pues no se modifica el artículo 31 de la Ley, y los titulares de derecho de autor

seguirán percibiendo unos determinados ingresos. La diferencia es que los ingresos, en lugar de proceder de los llamados en su día “deudores”, es decir los fabricantes o importadores de equipos y soportes, proceden del erario público a través de los Presupuestos Generales del Estado. Es decir no se suprime la institución, solamente cambia la forma de financiación. Ahora la paga el Estado. Quizás una expresión más correcta por parte del legislador hubiera sido decir: “Se suprime la compensación equitativa por copia privada *en los términos previstos en el art.25 de la ley, si bien se mantendrá una compensación en la forma prevista en los Presupuestos...*”. Es decir se suprime la compensación con la mecánica y el procedimiento vigente, con sus declaraciones y liquidaciones, con sus pagos por los fabricantes e importadores, con el derecho de verificación de las Entidades Gestoras, y en definitiva con la estructura vigente, si bien se mantiene la necesidad de compensar a los autores vía Presupuestos. Una vez más concluimos que no se suprime nada, simplemente se cambia el modelo de financiación.

Ya apuntábamos en un principio que no nos parecía adecuada la regulación que comentamos, por incongruente, y porque todavía habrá alguien que siga manteniendo la vigencia del, llamémosle, “estilo tradicional” en la gestión a la vista de la incongruencia aludida.

Llama la atención cómo la pauta de torpeza en legislar, que hemos visto a lo largo de la evolución normativa de la institución, y de la que hemos dado claras muestras en este trabajo, se mantiene incluso para suprimir la misma. En el mundo del Derecho no hay lugar para superstición, pero no cabe duda que en otro ámbito, sólo una “maldición” podría explicar una situación de esta naturaleza.

La segunda cuestión es plantearnos por qué los fondos de la remuneración compensatoria deben proceder del erario público. Partimos aquí de presupuesto jurídicos que ya han quedado claros en capítulos anteriores. En efecto nos encontramos ante una institución de naturaleza privada, que compensa el supuesto daño sufrido por un colectivo privado, como son los titulares del derecho de autor.

A mayor abundamiento si analizamos el origen, o más técnicamente el nexo causal de la compensación, vemos como la misma se deriva del posible daño causado por las copias privadas de obras protegidas por el derecho de autor, siempre que esas copias se realicen en los términos previstos por el art. 31 de la vigente Ley de Propiedad Intelectual. Pues bien bajo esas premisas son los usuarios, los ciudadanos los que hacen ejercicio de ese derecho de copia privada, copiando una obra original, adquirida legalmente y para su uso exclusivo.

En definitiva nos encontramos ante una acción privada-copia del usuario-, que genera un posible daño- cantidades dejadas de percibir- a los titulares de derecho de autor que también tiene naturaleza privada. Entonces cabe preguntarnos por qué es a compensación tiene que ser pagada con fondos públicos.

Sinceramente creo que hay dos tipos de razones para justificar esa solución adoptada por el legislador: una de naturaleza jurídica y otra de naturaleza, podríamos decir jurídico-práctica. Y también sinceramente creo, que ha sido esta última la que más ha primado en la solución final legislativa que se le ha dado a esta materia. En efecto, creo que ha quedado suficientemente acreditado a lo largo de todos estos capítulos, que este tema se había convertido para los políticos en lo que, en un lenguaje poco ortodoxo podríamos llamar “pata caliente”, que había calado de manera muy importante en el tejido social en general, y en la comunidad internauta en particular.

Y por tanto la mejor solución era suprimir esta institución que tan poca popularidad tenía. Sin embargo no se podía privar de la noche a la mañana, a un colectivo que todavía conservaba, a pesar de su desgaste en los últimos años, una cierta influencia mediática-autores-, de una fuente de financiación tan importante como históricamente había sido la copia privada. De ahí que como solución salomónica el Estado opte por asumir el mismo esa financiación, y cerrar definitivamente una polémica, que había durado casi veinticinco años, si bien su mayor grado de

intensidad se había producido en los últimos cinco años. No cabe duda, a mi juicio, y dada mi propia actividad e involucración personal al respecto, que también la acción de lobby realizada por los deudores, bien justificada, explicada, y con argumentos claros de Derecho comparado, y de eficacia práctica para el mercado de las llamadas TICs en particular, y la economía nacional en general, contribuyó de manera decisiva.

La otra alternativa que nos queda para justificar esta decisión, ante la falta de referencias en el Preámbulo de la norma, es considerar que el legislador ha elevado la copia privada a la categoría de derecho fundamental, en términos de una de las facultades de derecho de acceso a la cultura, que viene reconocido en nuestra Carta Magna, en su artículo 44, dentro del Capítulo Tercero, relativo a los principios rectores de la política social y económica, cuando dice: *“Los poderes públicos promoverán y tutelarán el acceso a la cultura, a la que todos tienen derecho”*.

Ya vimos en capítulos anteriores, como la copia privada se venía configurando como un medio de acceso a la cultura. Es más en alguna iniciativa parlamentaria, se trató, como hemos visto, hasta de limitar el número de copias que se podían hacer, en el ánimo de evitar suprimir este derecho y garantizar al menos un mínimo de facultades, todo ello en aras del sacrosanto derecho de acceso a la cultura. Pues bien parece que el Estado en su papel de garante de ese derecho de acceso, está dispuesto a financiar el ejercicio que del mismo se hace a través de la copia privada. Lo cierto es que la argumentación es forzada, pero es lo único que se nos ocurre para justificar, que una compensación privada se financie con fondos públicos.

Esto nos conectaría incluso, con la posibilidad que a partir de ahora, fuera más defendible la conexión de la institución con las figuras tributarias, pero el debate además de estéril, sería de poca transcendencia práctica, por lo que nos remitimos a lo ya dicho en su momento al tratar la naturaleza jurídica de la institución.

Para concluir sólo podemos decir, que a pesar de la satisfacción que esta regulación haya podido producir, en alguno de los colectivos afectados, y a pesar de

que esta norma ha contribuido mucho a reducir y paliar la polémica, que en su día propició la institución, mucho nos tememos que no finalizará definitivamente esa polémica, hasta que no se produzca el adecuado desarrollo reglamentario, sin perjuicio de las tendencias unificadoras que se están produciendo a nivel comunitario.

Ejemplo claro de ello, ha sido la primera regulación que se ha realizado como consecuencia de la nueva ley comentada. El Boletín Oficial del Estado publicado el 30 de junio, recoge la publicación de los Presupuestos Generales del Estado para el 2012, donde se establece una partida de cinco millones para la compensación equitativa por copia privada, y solo se añade que se hará *“efectiva a los beneficiarios legales de la misma, a través de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual, mediante el procedimiento de pago que reglamentariamente se establezca”*.

Por tanto las entidades de gestión han pasado de recibir 115 millones en el ejercicio 2010, a recibir cinco por ejercicio 2011. Inevitablemente la reacción de las gestoras se ha producido en el sentido de calificar de “simbólica”¹¹⁹, la partida fijada por el Gobierno y consideran al sistema mucho más indiscriminado que el anterior porque ahora el canon no lo paga quien hace uso de derecho de copia privada, sino que lo pagan todos los españoles.

No deja de llamar la atención que ahora las gestoras hablen de canon indiscriminado, y que este sea pagado por todos y no sólo por el que copia. Cuantas veces estas mismas gestoras rechazaban ese mismo argumento cuando quien

¹¹⁹ Cinco Días (2012) Madrid. www.cincodias.com/articulo/empresas/gobierno-recorta-95-canon-digital

pagaba el canon era el usuario que comparaba un equipo o soporte, con independencia de que realizar o no copias. Es evidente que el cinismo de estas gestoras quedan patente de manera palmaria, con este tipo de consideraciones, y deja bien claro que una vez más que su objetivo no era compensatorio, sino recaudatorio.

Todo ello nos lleva a concluir asimismo que es de prever la existencia de problemas futuros, pues las gestoras no se van a resignar a esta situación. Especialmente significativas son las declaraciones del Presidente del Centro Español de Derechos Reprográficos, CEDRO en su carta de presentación de la Memoria del ejercicio 2011, cuando dice : “... *Acabamos el año con un cambio de sistema de copia. Por el momento, esta compensación para autores y editores pasa a ser asumida por los Presupuestos Generales del EstadoMe permito hacer hincapié en su provisionalidad porque, según el gobierno, tendrá este carácter transitorio hasta la reforma de la vigente Ley de Propiedad Intelectual, donde se establecerá una regulación definitiva*”.¹²⁰

No puede ser más evidente que, ajuicio de las gestoras, el tema no está ni mucho menos concluido. Tan sólo un adecuado desarrollo reglamentario o una nueva ley puede solucionar lo que podríamos calificar de “cierre en falso” de esta materia.

No podemos finalizar esta breve descripción del panorama normativo actual, sin citar la muy reciente disposición, que ha publicado el BOE con fecha 8 de diciembre del año 2012 , y que supone un desarrollo reglamentario de la disposición presupuestaria anteriormente citada, y que es el **Real Decreto 165/2012, de 7 de septiembre por el que se regula el procedimiento de pago de la compensación equitativa por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado.**

En líneas generales esta norma de desarrollo, confirma la supresión del

¹²⁰ Informe Anual 2011. Madrid 2012. Centro Español de Derechos Reprográficos.CEDRO.

sistema de compensación que se preveía en el artículo 25 de la ley, según reza en el propio preámbulo expositivo de la disposición. Lo que nos aporta un poco de claridad a la regulación de la que trae causa este Real Decreto. En efecto lo que se suprime no es la copia privada, ni su compensación equitativa, lo que se modifica es el “sistema de compensación”.

Otro aspecto a destacar es la manifestación que en el propio preámbulo realiza, y que a nuestro juicio aporta cierta claridad a un tema que, durante mucho tiempo ha generado polémica, y es la famosa disquisición de si la copia privada, sin perjuicio de ser un límite al derecho de autor, es un derecho del usuario. En este sentido el preámbulo de la disposición que estamos analizando, dice literalmente lo siguiente: *“Así el legislador ha considerado oportuno que los ciudadanos puedan beneficiarse en territorio español, del límite por copia privada en los términos establecidos en el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, como contraprestación a una parte de los impuestos que satisfacen y de los que se nutren los ingresos públicos”*.

Damos aquí por reproducidos todos los comentarios, realizados en el capítulo correspondiente, a la naturaleza de la institución, pero es evidente que la distancia con figuras tributarias, como la exacción parafiscal o la compensación mediante precio público, es mucho más corta y por tanto el derecho a recibir un servicio por parte del usuario es mayor.

Finalmente una de las cuestiones más importantes es que fija los criterios para determinar la cuantía de la compensación, reproduciendo alguno de los criterios fijados en la última reforma, como la regla de minimis o las medidas tecnológicas. Así como el procedimiento administrativo que se inicia en la Secretaría de Estado de Cultura para la fijación, vía Orden Ministerial de la cuantía de la compensación cada año, así como la asignación de cantidades a las entidades de gestión.

Por último asimismo, y como curiosidad, llama la atención como se aprovecha

una norma de carácter eminentemente administrativo, pues su objetivo básico es regular un procedimiento de fijación y reparto de cantidad, para recordar principios que si bien estaban vigentes, por el juego de las distintas disposiciones derogatorias en las diferentes modificaciones legislativas, no estaba clara dicha vigencia, tales como la irrenunciabilidad de los autores, o bien el concepto de “obra asimilada a libros”.

Mucho nos tememos, como indicamos anteriormente, que el catálogo normativo en esta materia no se agote con la disposición comentada, sino que todo parece prever que la presión de las entidades de gestión, provocará una anunciada reforma de la Ley de Propiedad Intelectual, en su conjunto, lo que sin duda será una excelente excusa para abordar una reforma de la copia privada, y su compensación equitativa.

CAPITULO 10.- CONCLUSIONES

En los capítulos precedentes hemos tratado de conseguir, lo s objetivos planteados al inicio del presente trabajo. En efecto considerábamos que una de las principales aportaciones, que podíamos hacer, traía su causa de la experiencia y del análisis de la nueva realidad tecnológica, económica y jurídica.

Asimismo, la posición de privilegio que supone, haber participado en todos los equipos negociadores del canon, desde su creación en el texto de la Ley de Propiedad Intelectual de 1997, sin duda podía contribuir a realizar una aportación, absolutamente original, al contar con datos y hechos hasta ahora desconocidos, que pueden ilustrar, y en su caso explicar todo el fenómeno del canon tanto analógico como digital, así como el impacto social que ha tenido recientemente en nuestro país.

Esa misma posición privilegiada se produce en el análisis de la evolución normativa, pues también el haber participado en la elaboración, estudio y crítica de textos, borradores, alegaciones, informes, etc., en todo el proceso de evolución normativa, sin duda da n una perspectiva temporal y de conjunto, que contribuye a evitar algo que se ha producido en los últimos tiempos en esta institución, y es el desconocimiento de la realidad que sirvió de fundamento a su nacimiento y desarrollo en nuestro país.

Así y siguiendo con esta perspectiva histórica, podemos concluir y fijar **varias constantes** que han existido en la legislación de la institución de la copia privada, y su correspondiente remuneración compensatoria:

1º) Nos encontramos ante una materia, que en el periodo que media entre 1987 año de publicación de la Ley 22/1987, en cuyo redactado aparece por primera vez la institución de la copia privada en su artículo 31, y la correspondiente remuneración compensatoria en su artículo 25 y el año 2006, fecha de publicación de

una reforma legislativa a través de la ley 23/2006, se ha producido cuatro reformas legislativas, dos Reales Decretos de desarrollo y una Orden Ministerial del año 2008, que ha fijado equipos e importes a aplicar por el llamado “canon digital”, concepto mediático que no jurídico, y con el que se alude a compensación equitativa por copia privada. Todo ello para culminar en la desaparición de la institución de manera breve, y aprovechando una Ley de ajuste presupuestario publicada el 31 de diciembre del 2011. Todas ellas analizadas en la presente tesis, y a las que había que añadir el último Real Decreto del año 2012 citado anteriormente.

2º) Obviamente una primera conclusión que extraemos, es que el legislador no ha estado muy afortunado, cuando en un periodo de 19 años ha necesitado de un texto base y de seis reformas legislativas, para regular una institución de esta naturaleza. Si a todo ello añadimos, las polémicas suscitadas, la conflictividad judicial producida, y la inquietud mediática y de opinión pública generada, consideramos sinceramente que nuestra calificación de “poco afortunado”, es una calificación benévola frente a opiniones menos generosas, que no dudarían en calificar, esta evolución normativa como autentico fiasco.

Así vemos cómo las diversas reformas, trataban de “poner parches” a los errores cometidos, o a las consecuencias negativas de la aplicación de la norma anterior. En efecto la reforma del año 1992 trató de paliar, incluso con carácter, podríamos decir de venganza, las consecuencias de la primera negociación fallida, realizada al amparo del Real Decreto 287/1989, que desarrolló la Ley 11/1987.

3º) Pero como suele pasar, cuando se pretende conseguir un fin diferente del que se plantea, el resultado fue casi peor que lo previsto en la normativa reformada. Cuando decimos peor, no lo decimos para los acreedores, que vieron colmadas, sus aspiraciones recaudatorias, sino para el rigor y la seguridad jurídica, que a nuestro juicio fue claramente conculcada, como hemos acreditado en la exposición correspondiente. Por tanto si lo que se pretendía era lograr hacer efectivo el funcionamiento de una institución, llamada a compensar un daño causado por la copia

privada, sólo podemos calificar la actividad legislativa, de fracaso, pero si lo que quería era favorecer el ánimo recaudatorio de los acreedores, el éxito, sin duda alguna fue rotundo. Ha quedado acreditado a lo largo de este trabajo prima sobre todo, incluso sobre la coherencia. La conclusión es que esta, quizás obsesiva tendencia, es la culpable de los fracasos legales y por tanto del sistema.

4º) A la vista de lo anterior, alguien podría considerar nuestro análisis como sesgado o interesado. Afortunadamente los hechos nos dan la razón, pues no habían transcurrido dos años, cuando los nefastos resultados producidos, salvo, insisto en la eficacia recaudatoria, como el fraude al mercado, la desaparición de empresas, un proceso negociador totalmente artificial, etc., obligó al legislador a dictar otra norma, que tratara de paliar en la medida de lo posible, los negativos efectos antes comentados, dando lugar a la ley 43/1994.

La actividad legislativa ha sido tan torpe, que los periodos en los que mejor ha funcionado la institución, han sido cuando ha estado inactivo el poder legislativo y la actividad reglamentaria de la Administración, y las partes motu proprio, han llegado a acuerdo. La conclusión es que en algunas fases los acreedores y deudores han desarrollado una actividad de superior calidad a la propia Administración.

5º) Cabría preguntarnos cuáles han sido los factores, que han condicionado la actuación de legislador, para que se produzca un resultado tan negativo, y un proceder tan torpe.

A nuestro juicio, y sinceramente creemos ser objetivos, y no faltar a la neutralidad obligada en un trabajo de esta naturaleza, el análisis que se realiza en el capítulo correspondiente, acredita que, junto al ánimo recaudatorio, **la tendencia tuitiva y protectora del legislador, a favor de los acreedores**, sin duda alguna ha sido una constante, que ha condicionado el desarrollo legislativo. En efecto existen ejemplos muy claros y concretos que hemos detallado en nuestra exposición, y que no es necesario reiterar aquí. Pero lo cierto es que desde el establecimiento de imposiciones con carácter retroactivo en la normativa del año 1992, a la fijación de

límites de garantía de recaudación en la Orden PRE 1734/2008, no ha existido norma ni modificación legislativa en la materia, que no haya estado imbuido de este espíritu protector de una de las partes de la relación jurídica, que supone la remuneración compensatoria, hoy compensación equitativa.

6º) Otra constante en la evolución legislativa, que también puede contribuir a explicar esta situación, es el deseo, que quizás no es exagerado, de calificar de obsesión, de la Administración por dar al proceso de fijación de equipos y dispositivos afectados, y a las cantidades a satisfacer por cada uno de ellos, una apariencia de pauta consensuada entre las partes, al tratar de presentarla como el resultado de una negociación, con su consiguiente acuerdo. En efecto tanto en la normativa del canon analógico, desde el año 1989, fecha del primer proceso negociador, pasando por la ley 20/1992, que establece un proceso negociador absolutamente tasado, controlado y lleno de formalidades, hasta llegar última normativa del año 2006 para el entorno digital, la existencia del proceso negociador ha sido una constante, incluso cuando ese proceso negociador era rechazado por las partes.

Cabría preguntarnos, el por qué de esa “obsesión” de la Administración por establecer la obligatoriedad de la negociación. A nuestro juicio, se ha pretendido en todo momento dar una apariencia de consenso, tanto a la institución, como a los sucesivos procesos negociadores que en torno a la misma se han establecido. En aras de que no pareciera una materia impuesta, sino pacíficamente aceptada por las partes. No olvidemos que, aunque la mayor polémica en torno a la institución de la copia privada, se ha producido en los últimos tiempos, en el ámbito digital y con decisivo papel desarrollado por internet y los colectivos en torno a las redes sociales, no es menos cierto que siempre ha sido, incluso en el ámbito analógico, una institución cuestionada, polémica y no aceptada por determinados colectivos, básicamente deudores y usuarios.

Qué duda cabe que siempre es mejor y “más vendible” a la opinión pública, el hecho de que el usuario tenga que pagar un canon, en base a un acuerdo entre

acreedores y deudores. Qué duda cabe que de esta forma la impopularidad de la institución se repartiría entre las partes, dejando a la Administración, verdadera responsable, al margen de la polémica. Es decir ha faltado a mi juicio, a veces, valor político para resolver el problema.

Lo cierto es que a pesar de los sucesivos intentos en la materia, las negociaciones regladas han sido un auténtico fracaso, y en ningún caso ha finalizado con un resultado satisfactorio, teniendo que acudir a soluciones dirimentes, como la intervención de un Mediador o dictar una Orden Ministerial, en los términos y con el detalle que hemos visto en los capítulos precedentes. Creemos por otra parte, que este reiterado proceder de la Administración, deriva también de una falta de convencimiento en la propia legitimidad de la institución. No tiene otro sentido la obsesiva idea de que las partes se pongan de acuerdo en algo, en la que al menos una-deudores- no creía, ni quería, y contra la que han luchado por vía, política, judicial y económica. Ese deseo de obtener un respaldo público, a lo que públicamente era rechazado por deudores y colectivos de usuarios, solo podía tener una consecuencia, y fue el fracaso de las diferentes fórmulas y procedimientos de negociación reglada.

7º) Quizás todo lo anterior, explique el hecho de que la única vez que la negociación tuvo un resultado exitoso, fue cuando la Administración ni reguló, ni intervino en el proceso de negociación, y fueron las partes las que impulsadas por la necesidad de resolver un conflicto judicial, consiguieron un acuerdo eficaz y cuyo contenido, al menos parcialmente, fue revalidado posteriormente por las normas. Pero incluso en este caso la Administración no estuvo a la altura de la circunstancia, pues aunque como decimos la normativa posterior si tuvo en cuenta ese consenso, no es menos cierto que al principio ese consenso que, desde un punto de vista práctico, evitó no poca conflictividad judicial, nunca fue apoyado públicamente por la Administración, quien se inhibió en todo el proceso, produciéndose incluso una injusta, aunque comprensible, reacción por parte de la opinión pública, en contra de los deudores a quienes acusaban de “haber creado el canon”, cuando eran los principales sufridores de sus consecuencias negativas. Una constatación más de una de las

conclusiones anteriores y es que las partes han estado siempre por encima de la Administración.

En cualquier caso, tanto por negociación impuesta o por negociación espontánea de las partes, o por aplicación de la legislación vigente, ha quedado demostrado asimismo, los negativos efectos colaterales, que el canon tanto analógico como digital, ha producido en el mercado. En este sentido se han aportado cuadros económicos, y referencias a estudios y análisis, que acreditan cómo el canon de manera indirecta, y sin duda de manera no deseada, ha propiciado el fraude en el mercado y en algún caso concreto, un desincentivo claro a la inversión en procesos de producción en España.

8º) Para finalizar con este análisis de la normativa, otra característica o muestra de este carácter protector de las sucesivas normas en la materia, ha sido el papel jugado por la **retroactividad** en la aplicación de las mismas. Ya conocemos el carácter restrictivo que tiene la aplicación retroactiva de las normas en nuestro ordenamiento, tal como viene sancionado en la Constitución y en el Título Preliminar de nuestro Código Civil. Por tanto llama poderosamente la atención, el hecho que en dos de las seis reformas legales, se ha ya introducido la retroactividad en las normas, y no olvidemos que esa retroactividad, implicaba en su caso, la retroactividad en los pagos, que no habían podido ser provisionados, con el grave perjuicio que ello suponía a los deudores.

El deseo de dar un elemento de negociación, al que en su caso renunciar para lograr otros objetivos, como ocurrió en la reforma del año 1992. Y por otra parte el deseo de blindar a las entidades de gestión frente al posible perjuicio que el retraso, por cierto culpable de la Administración en cumplir los plazos legales, que estableció la penúltima reforma del 2006, son las razones que pueden explicar que un criterio restrictivo, como es la retroactividad se aplicase con generosidad y de manera extensiva en esta materia. Tanto es así que como hemos visto, la propia Administración, por vía reglamentaria, y con un método de dudosa legalidad, matiza

esa retroactividad aludida en la Ley del año 2006.

9º) Por tanto no ha sido objeto de esta tesis cuestionar en ningún momento, la legitimidad de la institución de la copia privada y su correspondiente remuneración /compensación. Lo que hemos tratado de demostrar es que el modo de aplicación de esta institución, el carácter tuitivo en favor de los autores, sin considerar los efectos colaterales para las empresas y la economía en general, sin duda ha determinado que se trate de una cuestión constantemente cuestionada incluso por los jueces, y que ué decir de la opinión pública que ha hecho de su oposición a la copia privada bandera de causas reivindicativas de profundo calado social en las redes de comunicación.

Creo que hemos aportado pruebas tangibles de lo anteriormente indicado, sobre todo incluyendo referencia a hechos y circunstancias de las negociaciones, en sus diferentes etapas, hasta la fecha inéditas, sin olvidar el análisis exhaustivo de la normativa que a lo largo de 25 años y seis reformas, nos permite ver la falta de rigor jurídico que ha inspirado la misma.

10º) Como no podía ser menos el fin de esta historia no ha sido otro que la práctica de desaparición del mal llamado canon digital, según la última reforma que hemos analizado en el capítulo correspondiente. Si en lugar de una tesis doctoral, nos encontráramos ante una versión novelada de la situación podríamos hablar de “muerte” de un sistema por degeneración natural. La ambición exagerada, el ánimo excesivamente protector de la Administración, con el uso a veces descarado de la mal llamada “intelectualidad nacional”, en fines políticos y la carga de demagogia usada, han sido, sin duda alguna determinantes para que la institución haya sido “asesinada” por los propios beneficiarios de la misma.

Una institución que analizada en su raíz ético-jurídica podría tener un adecuado fundamento. Una institución que ha visto los deudores respetar y cumplieron con sus obligaciones por mandato legal. Una institución, en suma, que hubiera podido tener muchos más años de vida, si se hubiera aplicado con equidad, justicia y coherencia a

su fundamento: reparar equitativamente un posible perjuicio. Pero cuando ni se tiene en cuenta el perjuicio para calcular la reparación, y sólo el afán recaudatorio, inspira la aplicación de la norma, tarde o temprano las cosas acaban como hemos visto.

11º) En apoyo de todo lo que hemos afirmado hasta la fecha, debemos hacer una siquiera breve reflexión, como en ese ánimo de aplicar, no el sentido o el espíritu de la norma y la institución, sino el interés partidista, se producen desequilibrios como la exclusión de la aplicación de la copia privada a los programas de ordenador. Clarísimo ejemplo, como veremos, de trato discriminatorio.

En efecto vemos como una obra musical o visual puede ser copiada, incluso en contra de la voluntad de su autor, con determinados requisitos. Sin embargo un programa de ordenador que en la mayoría de los casos no deja de ser una obra creativa, no puede serlo en ningún caso. Así en el ejemplo clásico que solía indicarse de copiar una obra musical, en un soporte diferente al original, para oírlo en otro lugar, por ejemplo el coche, no es aplicable al software para el caso que quisiéramos usarlo en otro ordenador, por ejemplo en una vivienda de recreo. Obviamente no estamos hablando de copias masivas para su comercialización ilegal, pirateo, simplemente un programa de ordenador adquirido legalmente, no puede ser copiado para usarlo en otro ordenador de mi propiedad. La razón, no podemos ni tan siquiera intuirlo desde un punto de vista técnico jurídico, salvando la famosa polémica sobre si los programas de ordenador, deben ser objeto de propiedad intelectual o industrial. Más bien creemos, que son clarísimos intereses de la industria del software, que no quiere oír hablar del tema y ni se plantea compensación alguna, pues simplemente no hay copia. O hay obra original (programa de ordenador) o piratería. Sinceramente, esta es como hemos comentado con más detalle en el capítulo correspondiente, otra de las diversas anomalías, que la institución que nos ocupa, nos sugiere. O se permite la copia privada, con todos sus requisitos y salvaguardas legales, para todo tipo de creación, o se elimina y se prohíbe para cualquier obra. Otra cosa sería establecer diferencias, y trato discriminatorio si justificación alguna.

12º) En el planteamiento general de este trabajo, ha estado subyacente de manera permanente, la idea que el ánimo de recaudar y de favorecer a un determinado colectivo, con independencia de las consecuencias para empresas, usuarios y economía en general, siempre ha estado por encima del rigor, por no decir la sensatez jurídica, que ha hecho cometer una serie de errores, al propio legislador, como ha quedado acreditado a lo largo de los diversos capítulos, y por la constante evolución legislativa, en la que reforma tras reforma, se trataba de buscar un sistema eficaz, que no se conseguía, y en el que los criterios de equidad y justicia, brillaban por su ausencia.

Pues bien un ejemplo claro de lo anterior es el grado de influencia que en esta materia han tenido las medidas tecnológicas de protección. En efecto, y la perspectiva histórica que aportamos a esta tesis, tiene gran valor para acreditar que, en la propia génesis de la institución, y en su propia naturaleza, la idea fundamental es la autorización a realizar copias de material protegido por el derecho de autor, y a cambio de esto se debe compensar los supuestos daños causados. La constante reivindicación de las entidades gestoras acerca del daño que les producía la propia tecnología en general, agravada por la tecnología digital en particular, a veces con una capacidad de demagogia francamente asombrosa y en un gran ejercicio de cinismo, pues los mismos que demonizaban la tecnología, se aprovechaban de su eficacia para facilitar la difusión y comunicación de sus obras.

De manera anecdótica y tengo que reconocer con cierta demagogia también por mi parte he reiterado antes las gestoras, cuando hablaban del daño que una fotocopidora causaba, e incluso con campañas televisivas en las que se usaban expresiones como “la fotocopia mata la cultura”, etc..., que lamentaba profundamente que no hubiera existido una fotocopidora en la biblioteca de Alejandría en el antiguo Egipto, sin duda el patrimonio cultural que albergaba esa biblioteca no se hubiera perdido. Dicho en términos de más rigor y menos demagogia, la tecnología no es enemiga de la cultura, todo lo contrario, ha contribuido decisivamente a su difusión, y los ejemplos son numerosos al respecto.

13º) Pero aún más, es que la propia tecnología ha puesto medios para proteger la cultura. Desde los sistemas de encriptación, a los sistemas anticopia, pasando por las conocidas como “medidas tecnológicas de protección”, cuya cobertura legal queda sancionada tanto por las Directivas europeas, como por la ley nacional. Pero cuando la propia tecnología da una herramienta para paliar las posibles consecuencias negativas de la misma, y son los beneficiarios los que las rechazan, porque no quieren cambiar el “status quo” de la institución, es decir el sistema de eficacia recaudatoria, es que algo se ha deteriorado y ha desnaturalizado dicha institución. Es que la ironía del tema, por no decir la contradicción de la situación es que han sido las entidades gestoras, las que han rechazado esas protecciones, con argumentos tan absurdos como su ineficacia. Una prueba más que la evitación del daño no era el objetivo, sino una recaudación cómoda y generosa, para mantener una situación que no se basaba, como también creo haber acreditado en la justicia y equidad. Dicho en términos más jurídicos, da la impresión que los titulares de derecho no aceptan el principio clásico de Derecho Romano que reza: “cuius commoda eius incommoda”, citado por la Abogada General Sr. Verica Trstenjank, en las conclusiones presentadas con ocasión del informe previo a la Sentencia Padawan¹²¹, que viene a decir que quien se aprovecha de las ventajas de un bien debe aceptar asimismo sus inconvenientes. Es evidente que los titulares consideraban que las medidas tecnológicas les pueden proteger pero rechazan perder las ventajas obtenidas.

14º) En esa deriva en la que parte del mundo del Derecho ha sido cómplice, se ha llegado, incluso, a invocar el “sacrosanto derecho de acceso a la cultura”, como justificante de la existencia de la copia privada. Grave error, y la mentable que haya que invocar tal derecho, para justificar la institución. Es más como indicábamos en su momento llegó a figurar en el último proyecto de ley que se debatió en el Parlamento, el establecimiento de una limitación del número de copias privadas (tres) que se autorizaban, incluso en el caso de existir una medida tecnológica de protección. No

¹²¹ <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/gettex.pl?where=&lang...> De 11 de mayo de 2010.

prosperó tal propuesta y no se estableció límite alguno.

Es decir no solo se autoriza la copia privada, sino que incluso a aquel autor que desee proteger la obra con un sistema anticopia, se le impide. Todo ello parte del error que considera que la copia privada es una manifestación de derecho de acceso a la cultura, cuando no es un medio para ello, sino un medio de “fijación” de la cultura. Como dijimos en su momento hoy en día, el cambio de situación precisamente es que esa tecnología que algunos acusan de “matar la cultura”, es la que permite un acceso universal, de amplísimo contenido, y en la mayoría de los casos, gratis. La facilidad de acceso a la cultura, hoy en día es incuestionable. Y no deja de ser una hipocresía, tratar de basarse en lo contrario para defender una institución obsoleta y que sólo defienden los que tienen una posición acomodada gracias a la misma.

No estamos en contra a que la copia privada sea una manifestación del derecho de acceso a la cultura. Pero si así es de nuevo planteamos que el análisis se haga desde la coherencia, y acéptese, algo que también creemos sinceramente haber acreditado a lo largo de este trabajo, y es que la copia privada es un límite al derecho de autor, pero al mismo tiempo es un derecho del usuario que contribuye a la compensación y al que se le otorga incluso en la última reforma, medidas judiciales para obtener su ejercicio, incluso en el caso que las medidas tecnológicas pudieran impedir la copia.

En definitiva, la idea que venimos repitiendo constantemente y que aparece en las diversas vertientes de la institución, es que siempre ha estado necesitada de coherencia y lamentablemente el ánimo recaudatorio de las gestoras, a veces, le ha privado de dicha coherencia, y de ahí han venido la mayoría de los problemas, y puede que el final de esta institución.

BIBLIOGRAFÍA

-ADIEGO RODRIGUEZ, J. (2011): *Problemática Informática de la protección de obras digitales protegidas*. En la obra colectiva dirigida por MATA Y MARTIN, R.M , y coordinada por JAVATO MARTIN, A.Mª: *La propiedad Intelectual en la era digital. Límites e infracciones a los derechos de autor en internet*. Madrid. Editorial: La Ley.

-ALGARRA PRAT, E. (2008): *El limite a los derechos de autor por razón de seguridad pública y correcto desarrollo de procedimientos oficiales*. En la obra colectiva coordinada por MORENO MARTINEZ, J.A.: *Limites a la Propiedad Intelectual y Nuevas Tecnologías*. Madrid. Editorial: Dykinson.

-ALVAREZ ALVAREZ, H. (2008): *Aspectos jurídicos de las descargas de música en internet*. En la obra colectiva coordinada por GARCIA PEREZ, R. y LÓPEZ SUÁREZ, M.A.: *Nuevos retos para la Propiedad Intelectual*. Coruña. Edit a: Universidade da Coruña. Servicio de Publicaciones.

- Actas de la Segunda Convención Internacional de Derecho Informático, Electrónico y de las Comunicaciones.(2009). ASIMELEC. Madrid.

-BELLOSO MARTIN, N. (2011): *Los derechos de autor en la sociedad tecnológica: contenido, tutela y limites*. En la obra colectiva dirigida por MATA Y MARTIN, R.M , y coordinada por JAVATO MARTIN, A.Mª: *La propiedad Intelectual en la era digital. Límites e infracciones a los derechos de autor en internet*. Madrid. Editorial: La Ley.

- BERCOVITZ, A. (2006):” *Los límites al Derecho de Autor. En Protección y Límites al Derecho de Autor de los Creadores Visuales*”. Madrid. Trama Editorial.

-BUGANZA, C.:” *Las medidas de protección Tecnológica y la Información para la Gestión de Derechos.*” En *Novedades en la Ley de Propiedad Intelectual*. Barcelona. Bosch Editor.

-CABEDO SERNA, LL (2008) : *Los consumidores y las medidas tecnológicas de protección incorporadas en soportes digitales*. En la obra colectiva coordinada por MORENO MARTINEZ, J.A.: *Limites a la Propiedad Intelectual y Nuevas Tecnologías*. Madrid. Editorial: Dykinson.

-CARBAJO GASCÓN, F.(2008): “ *Copia privada y compensación equitativa*”, en *Noticias de la Unión Europea* nº 286. Madrid. La Ley.

-CARBAJO GASCÓN, F. (2011): “*Presente y futuro del canon por copia privada tras la sentencia del TJUE de 21 de octubre de 2010 en el caso Padawan*”. Madrid. Diario La Ley. Sección Tribuna. La Ley 11922/2011.

-GARCÍA CASTILLEJO, A. (2008): “*Régimen jurídico del profesional de la información*”. Madrid. Fundación Sindical de Estudios.

-GARCÍA CASTILLEJO, A (2008): “ *Autorregulación y Deontología de la Profesión Periodística.*”Madrid. Fundación Sindical de Estudios.

-CUERDA RIEZU, A. (2008): “*Cum Laude. Guía para realizar tesis doctoral en Derecho*”. Madrid. Tecnos.

-DE MIGUEL MOLINA, M, OLTRA GUTIERREZ, J.V., RAMON FERNANDEZ, F. (2009): *Ventajas e inconvenientes del canon digital y su regulación en España. autor y derechos afines en la sociedad de la información*. En la obra colectiva coordinada por PALAO MORENO, G. y PLAZA PENADÉS, J.: *Nuevos retos de la Propiedad Intelectual*. Navarra. Editorial: Aranzadi.

-ESTEVE CALVO, A.(2007):” *El canon por copia privada*”. En novedades de la Ley de Propiedad Intelectual. Barcelona. Bosch.

-ECHEBARRÍA SÁEZ, J.A. (2011): *Entidades de gestión de derechos de autor y transparencia*. En la obra colectiva dirigida por MATA Y MARTIN, R.M , y coordinada por JAVATO MARTIN, A.Mª: *La propiedad Intelectual en la era digital. Limites e infracciones a los derechos de autor en internet*. Madrid. Editorial: La Ley.

-FERREIRA, J.L. (2010): “*Compensación por copia privada, un análisis económico de modelos alternativos*”. Informe final ENTER. Madrid. IE Business School.

-GAY FUENTES, C.(2006): “ *La Propiedad Intelectual en el entorno digital*”. Documento de Trabajo 82/2006. Laboratorio de Alternativas. Madrid. Fundación Alternativas.

-GARCIA PEREZ, R. (2008): *¿Propiedad Intelectual o derecho de autor? Un problema terminológico*. En la obra colectiva coordinada por GARCIA PEREZ, R. y LÓPEZ SUÁREZ, M.A.: *Nuevos retos para la Propiedad Intelectual*. Coruña. Edita: Universidade da Coruña. Servicio de Publicaciones.

-GARCIA SANZ, R. M.(2005): “ *El Derecho de Autor en Internet*”. Madrid. COLEX.

-GOMEZ TOMILLO, M. (2011): *Responsabilidad penal por delitos contra la propiedad intelectual cometidos a través de internet*. En la obra colectiva dirigida por MATA Y MARTIN, R. M , y coordinada por JAVATO MARTIN, A.Mª: *La propiedad Intelectual en la era digital. Limites e infracciones a los derechos de autor en internet*. Madrid. Editorial: La Ley.

-Informe Anual 2011 (2012). Centro Español de Derechos Reprográficos.

CEDRO.

-LLORIA GARCIA, P. (2009): *Top manta” y “top mochila”, algunas reflexiones sobre su licitud penal a la vista de la jurisprudencia mas reciente. autor y derechos afines en la sociedad de la información.* En la obra colectiva coordinada por PAL AO MORENO, G. y PLAZA PE NADÉS, J.: *Nuevos retos de la Propiedad Intelectual.* Navarra. Editorial: Aranzadi.

-LOPEZ GONZALEZ, J.(2011): *La industria cultural en internet y las entidades gestoras de derechos de autor.* En la obra colectiva coordinada por PADROS REIG, C. Y LOPEZ S INTAS, J.: *El canon digital a debate. Revolución tecnológica y consumo cultural en un nuevo marco jurídico-económico.* Barcelona. Editorial Atelier.

-LÓPEZ RI CHART, J. (2008): *La copia privada ante los desafíos de la tecnología digital.* En la obra colectiva coordinada por MORENO MARTINEZ, J. A.: *Limites a la Propiedad Intelectual y Nuevas Tecnologías.* Madrid. Editorial: Dykinson.

-LÓPEZ SÁNCHEZ, C. (2008): *La utilización de una obra intelectual a favor de personas con discapacidad.* En la obra colectiva coordinada por MORENO MARTINEZ, J. A.: *Limites a la Propiedad Intelectual y Nuevas Tecnologías.* Madrid. Editorial: Dykinson.

-LÓPEZ-TARUELLA MARTINEZ, A. (2008): *Dimensión internacional de la relación entre los sistemas DMR, las excepciones al derecho de exclusividad y los derechos de los usuarios. Aspectos de derecho aplicable.* En la obra colectiva coordinada por MORENO MARTINEZ, J.A.: *Limites a la Propiedad Intelectual y Nuevas Tecnologías.* Madrid. Editorial: Dykinson.

-MARIN RAIGAL, G. (2008): *La excepción obligatoria relativa a las reproducciones provisionales en el art. 31.1 LPI.* En la obra colectiva coordinada por MORENO MARTINEZ, J.A.: *Limites a la Propiedad Intelectual y Nuevas Tecnologías.*

Madrid. Editorial: Dykinson.

-MUÑOZ MORI, J.A.(2011): *Justificación Antropológica y Social de la idea de Propiedad Intelectual*. En la obra colectiva coordinada por PADROS REIG, C. Y LOPEZ SINTAS, J.: *El canon digital a debate. Revolución tecnológica y consumo cultural en un nuevo marco jurídico-económico*. Barcelona. Editorial Atelier.

-MOLINER, M.(2000): *"Diccionario de uso del español"*. Madrid. Gredos.

-NIETO, A. (2000): *"El arbitrio judicial"*. Barcelona. Ariel.

-O'CALLAGHAN, X. (2008): *"Compendio de Derecho Civil. Tomo II Derecho de Obligaciones"*. Madrid. Ediciones Jurídicas DIJUSA. S.L.

-OTERO LASTRES, J. M. (2008): *La originalidad de las obras plásticas y las nuevas tecnologías*. En la obra colectiva coordinada por GARCIA PEREZ, R. y LÓPEZ SUÁREZ, M.A.: *Nuevos retos para la Propiedad Intelectual*. Coruña. Edit a: Universidade da Coruña. Servicio de Publicaciones.

-PADRÓS REIG, C. (2011): *Debilidades y Retos del régimen jurídico vigente de protección de la copia privada*. En la obra colectiva coordinada por PADRÓS REIG, C. Y LÓPEZ SINTAS, J. : *El canon digital a debate. Revolución tecnológica y consumo cultural en un nuevo marco jurídico-económico*. Barcelona. Editorial Atelier.

-PADRÓS REIG, C. (2011): *Los monopolios de Gestión de Derechos Colectivos de Propiedad Intelectual ante las autoridades españolas de defensa de la competencia*. En la obra colectiva coordinada por PADRÓS REIG, C. Y LOPEZ SINTAS, C.: *El canon digital a debate. Revolución tecnológica y consumo cultural en un nuevo marco jurídico-económico*. Barcelona. Editorial Atelier.

-PALAO MORENO, G. (2009): *La explotación internacional de los derechos de*

propiedad intelectual en el medio digital: una aproximación desde el Derecho Internacional Privado Comunitario autor y derechos afines en la sociedad de la información. En la obra colectiva coordinada por PALAO MORENO, G. y PLAZA PENADÉS, J.: *Nuevos retos de la Propiedad Intelectual*. Navarra. Editorial: Aranzadi.

-PLAZA PENADÉS, J. (2009): *La reforma de la ley de propiedad intelectual para incorporar la directiva de derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información.* En la obra colectiva coordinada por PALAO MORENO, G. y PLAZA PENADÉS, J.: *Nuevos retos de la Propiedad Intelectual*. Navarra. Editorial: Aranzadi.

-PLAZA PENADÉS, J. (2009): *Los programas de ordenador y bases de datos. autor y derechos afines en la sociedad de la información.* En la obra colectiva coordinada por PALAO MORENO, G. y PLAZA PENADÉS, J.: *Nuevos retos de la Propiedad Intelectual*. Navarra. Editorial: Aranzadi.

-PLAZA PENADÉS, J. (2007): “Comentario artículo 25”. En la obra colectiva coordinada por RODRIGUEZ TAPIA, J.M.: “*Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*”. Madrid. Thomsom Civitas.

-RAMIREZ IGLESIAS, J. (2011): “*La sentencia Padawan*”. Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia. Marzo/Abril 2011. nº 20. Madrid. La Ley.

-Report of an inquiry by All Party Internet Group. (2008). London. UK Parliament.

-RIVERA D. y ZULOAGA I. (2008): “*Protección y Límites al Derecho de Autor de los Creadores Visuales*”. Madrid. Fundación Arte y Derecho.

-RODRIGUEZ MORO, L. (2008): *Notas sobre las licencias CREATIVE COMMONS.* En la obra colectiva coordinada por GARCIA PEREZ, R. y LÓPEZ SUÁREZ, M.A.: *Nuevos retos para la Propiedad Intelectual*. Coruña. Editada: Universidade da Coruña. Servicio de Publicaciones.

-SANCHEZ ARISTI, R.(2006): “ *El derecho de remuneración compensatoria por copia privada de los creadores audiovisuales*”. En Protección y Límites al Derecho de Autor de los Creadores Audiovisuales. Madrid. Trama Editorial.

-SOCRATES Y PLATON (2007): *Vida, Pensamiento y Obra*”. Madrid. Planeta de Agostini.

-SUÑÉ LLINÁS, E. (2006): “ *La teoría estructuralista del Derecho*”. Madrid. Servicio Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.

-SUÑÉ LLINÁS, E.(2006):”*Tratado de Derecho Informático. Volumen II*”. Madrid. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.

-SUÑÉ LLINÁS, E (2000). Ponencia Congreso Iberoamericano de Informática y Derecho. Lima. Universidad de Lima.

-SERRANO CAÑAS, J. (2008): *La transposición de la Directiva 2001/29/CE. Una visión comparada*. En la obra colectiva coordinada por GARCIA PEREZ, R. y LÓPEZ SUÁREZ, M.A.: *Nuevos retos para la Propiedad Intelectual*. Coruña. Edita: Universidade da Coruña. Servicio de Publicaciones.

-TATO PLAZA, A. (2008): *La reforma de la ley de propiedad intelectual y los límites al derecho de autor: copia privada, canon digital y Press Clipping*. En la obra colectiva coordinada por GARCIA PEREZ, R. y LÓPEZ SUÁREZ, M.A. : *Nuevos retos para la Propiedad Intelectual*. Coruña. Edita: Universidade da Coruña. Servicio de Publicaciones.

-Webs Consultadas:

- www.derecho a leer.org
- www.internautas.org/histórico/2003
- www.cedro.org
- www.monografias.com
- www.senado.es
- www.todos contra el canon.es
- www.aui.es
- www.intel.es
- www.cincodias.es
- www.pp.es/programas-electorales_23.html
- www.curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/gettext.pl

**ABSTRACT: THE ELECTRONIC INDUSTRY VS. THE DIGITAL LEVY
AND DIGITAL PRIVATE COPYING: SOLIDARITY AMONG COMPANIES,
INTERNET USERS AND CONSUMERS.**

1-INTRODUCTION:

The current thesis had several goals. Thus, we have tried to see how the technological evolution of electronic equipment in general, has affected an institution, already traditional in our legal system, such as private copying and its corresponding compensatory remuneration, the so called fair compensation.

Indeed, the transition from analogue to digital technology, has led to several changes, even regulatory changes, in order to adapt these institutions to the reality of the moment. The truth, which was another goal of this thesis, is that we intended to prove how this change was not fully accepted by the copyright holders, or specifically by their representatives, the management entities. Indeed, in this case the application of the classic principle of Roman law "*cuius commoda, eius incommoda*", or in other words, "he who gets a benefit from an asset, must also bear its disadvantages", has not been accepted by the community of Copyright holders.

Indeed it has been argued that digital technology was a threat to the culture, since the improvement of the quality of both the copies and the accessibility to them favored a deterrent effect to access the original works with a clear prejudice for the copyright holder. The advantages that such technology (i.e. technological protection measures, among others) meant for the culture were deliberately ignored.

On the other hand, we have tried to show, as a constant in the history of the institution, that the tax collection spirit has prevailed over the legal rigor and neutrality

of the Administration, which has always tried to benefit the collective of authors.

We have also tried to analyze how the institution has finally been relegated to a provision in the General State Budget. Sociological factors as well as the evolution of communications, such as the presence in social networks, have been crucial in this regulatory development. Therefore, this work contains some sociological aspects, in addition to the legal ones, certainly relevant.

Finally, and as an introduction, we must point out something that, in our opinion, is a determining factor amongst others for the originality of this work, which is the personal experience of having participated in all the processes that have affected this institution. Since its inception in 1987, there has been no policy change or negotiation in which I have not personally participated, representing corporate debtors. Therefore, and in compliance with the confidentiality commitments assumed at the time, we have made some contributions of facts and experiences so far unknown, which undoubtedly have been crucial for the current situation.

2-RESEARCH CONTENT:

Well, in order to achieve the desired results, we start working with an analysis of the legislative and regulatory evolution. We proceeded therefore, to study the legal implications of the different reforms. As we stated before, this has allowed us on the one hand to provide some data and innovative experiences and, on the other hand, to reach some conclusions, in our opinion, quite clearly.

Also, together with the historical analysis, we have proposed an analysis on the legal nature of private copying, and its consequence: fair compensation. The fact remains that this kind of analysis was already carried out at the origin of this institution. Our contribution in this area stems from the fact to have carried out the analysis from

the current technological reality, and even the legislative, which has substantially modified the institution. This enabled us to take a new approach to traditional topics such as software and private copying, the user's right to private copying, or its possible fiscal nature.

All the above have been complemented with an historical analysis of the evolution of the negotiations between the parties: creditors/authors on the one hand, and debtors/companies on the other. We have also carried out an analysis of the reasons why the digital levy, as it had been conceived for nearly 25 years, has virtually disappeared. Social pressure, especially by the Internet community, social networks, and the user reaction, rarely seen, are certainly key factors widely discussed in the relevant chapters.

Lastly, we can not miss a study on the alternatives to the digital levy, as well as the final solution occurred in our country. I must admit that this final solution, that involves the assumption of the Norwegian model, which provides that the digital levy is financed by the General State budget, is something whose process generates a high interest in other countries and therefore, in other group of debtors who would like to "import" the process to get the same consequences and outcome. This will be further analyzed in detail in the relevant epigraph.

Finally, on my opinion this subject deserved a special treatment since it was and is especially relevant to achieve the initial goals, besides the particular scope this matter has per se. We are talking about the technological protection measures that are new in the Directive and most recent amendment of the law, due to both its influence on the calculation of the potential damage to compensate, as well as for the limitation for the institution itself.

3-CONCLUSIONS-RESULTS

In the light of all of the foregoing, we sincerely intend to have proven through

this paper some conclusions or ideas, detailed below.

First of all, we believe that we have shown that all legislative efforts made in Spain over this institution, have suffered from a huge partiality in favor of the copyright holders. Indeed, from the historical analysis carried out it is easy to see how all the rules issued have been inspired by a desire to satisfy the tax collection effort of the copyright holders, rather than to meet the principles of justice and equity. Due to this desire to favor such interests, some rules of a significant retroactive nature have been set, twice. We already know the restrictive nature of retroactivity in our legal system; however, in this area that retroactivity has been taken to the extreme.

On the other hand, and also in this context, we must also conclude that the work of the Spanish lawmaker has not been too lucky in this area, as evidenced by the fact that in a period that can be considered short, of about 25 years, six legislative reforms with the status of law have been carried out, without prejudice to the multiple rules that have been issued in accordance with each reform. Perhaps this constant desire to benefit the authors has much to do with the ineffectiveness of the promulgated rules.

Additionally, in this approach of the Administration, the fact to constantly pretend that the ultimate solution in each of the stages of the implementation of the rule was made by consensus between copyright holders and those obliged to payment has been a contradiction. The desire to pretend that there was a consensus between the parties, when the debtors never accepted this situation, neither the system for determining the subject equipment and amounts payable, has been a constant throughout the history of the institution. As stated in some chapter of this paper, it seems that the Administration did not have the courage to clearly impose its criteria favoring the authors and pretended that it seemed that the debtors accepted the situation, when it was just the opposite.

Furthermore, the fact is that the Administration has been so incompetent that

even when its intercession was most needed, during the technological transition from the analog to the digital world, it made dereliction of its duties, and both parties, creditors and debtors, with great difficulty but with great success, reached an agreement which undoubtedly contributed decisively to legal peace, preventing conflicts and providing solutions to problems.

Other key findings have been the statement and confirmation of some reality challenged by the traditional doctrine on the matter. Indeed we have established that private copying, besides being a limit to copyright, and in this respect international laws and treaties guarantee this as well, is both a subjective right for the user, framed in the right of access to culture, which technological measures can not even limit, and in this sense, the legislation itself has expressed conspicuously, in the chapter on technological measures, which recognizes such right.

The private copying on software is another controversial issue that we have discussed, and I fear the verifications will not be so peaceful. It is clear that our legislation is restrictive in its approach to deny private copying of computer programs. What we question here is that this approach does not meet a criterion of justice and legal rigor but rather to not so legitimate business interests.

Finally, as an important conclusion in the field of sociology, we believe that we have provided and clearly presented the keys that have led to the change in the digital levy system in our country. This strongly implies the analysis of the reaction of the Internet community, as well as the social pressure which has made the subject leave its natural environment, to become an issue of deep social significance, that even forced political parties to include it in their election programs, by indicating the solutions for the future of the institution.

In conclusion, we consider having met the goals we set at the beginning, by providing some original features concerning the history and traditional problems, particularly with the new approach that involves digital technology.

SHORT BIBLIOGRAPHY

-ALGARRA PRAT, E. (2008): *El límite a los derechos de autor por razón de seguridad pública y correcto desarrollo de procedimientos oficiales*. En la obra colectiva coordinada por MORENO MARTINEZ, J.A.: *Limites a la Propiedad Intelectual y Nuevas Tecnologías*. Madrid. Editorial: Dykinson.

BERCOVITZ, A. (2006): "Los límites al Derecho de Autor. En *Protección y Límites al Derecho de Autor de los Creadores Visuales*". Madrid. Trama Editorial.

-BUGANZA, C.: "Las medidas de protección Tecnológica y la Información para la Gestión de Derechos." En *Novedades en la Ley de Propiedad Intelectual*. Barcelona. Bosch Editor.

-CARBAJO GASCÓN, F.(2008): "Copia privada y compensación equitativa", en *Noticias de la Unión Europea* nº 286. Madrid. La Ley.

-GARCÍA CASTILLEJO, A (2008): " Autorregulación y Deontología de la Profesión Periodística."Madrid. Fundación Sindical de Estudios.

-CUERDA RIEZU, A. (2008): "Cum Laude. Guía para realizar tesis doctoral en Derecho". Madrid. Tecnos.

SINTAS, C. : *El canon digital a debate. Revolución tecnológica y consumo cultural en un nuevo marco jurídico-económico*. Barcelona. Editorial Atelier.

-PALAO MORENO, G. (2009): *La explotación internacional de los derechos de propiedad intelectual en el medio digital: una aproximación desde el Derecho Internacional Privado Comunitario autor y derechos afines en la sociedad de la información*. En la obra colectiva coordinada por PALAO MORENO, G. y PLAZA

PENADÉS, J.: *Nuevos retos de la Propiedad Intelectual*. Navarra. Editorial: Aranzadi.

-SUÑÉLLI NÁS, E.(2006):”*Tratado de Derecho Informático. Volumen II*”. Madrid. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.

-SERRANO CAÑAS, J. (2008): *La transposición de la Directiva 2001/29/CE. Una visión comparada*. En la obra colectiva coordinada por GARCIA PEREZ, R. y LÓPEZ SUÁREZ, M.A.: *Nuevos retos para la Propiedad Intelectual*. Coruña. Edita: Universidade da Coruña. Servicio de Publicaciones.

-Webs Consultadas:

- www.derechoaleer.org
- www.internautas.org/histórico/2003
- www.cedro.org
- www.monografias.com
- www.senado.es
- www.todoscontraelcanon.es
- www.aui.es
- www.intel.es
- www.cincodias.es
- www.pp.es/programas-electorales_23.html.
- www.curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/gettext.pl

